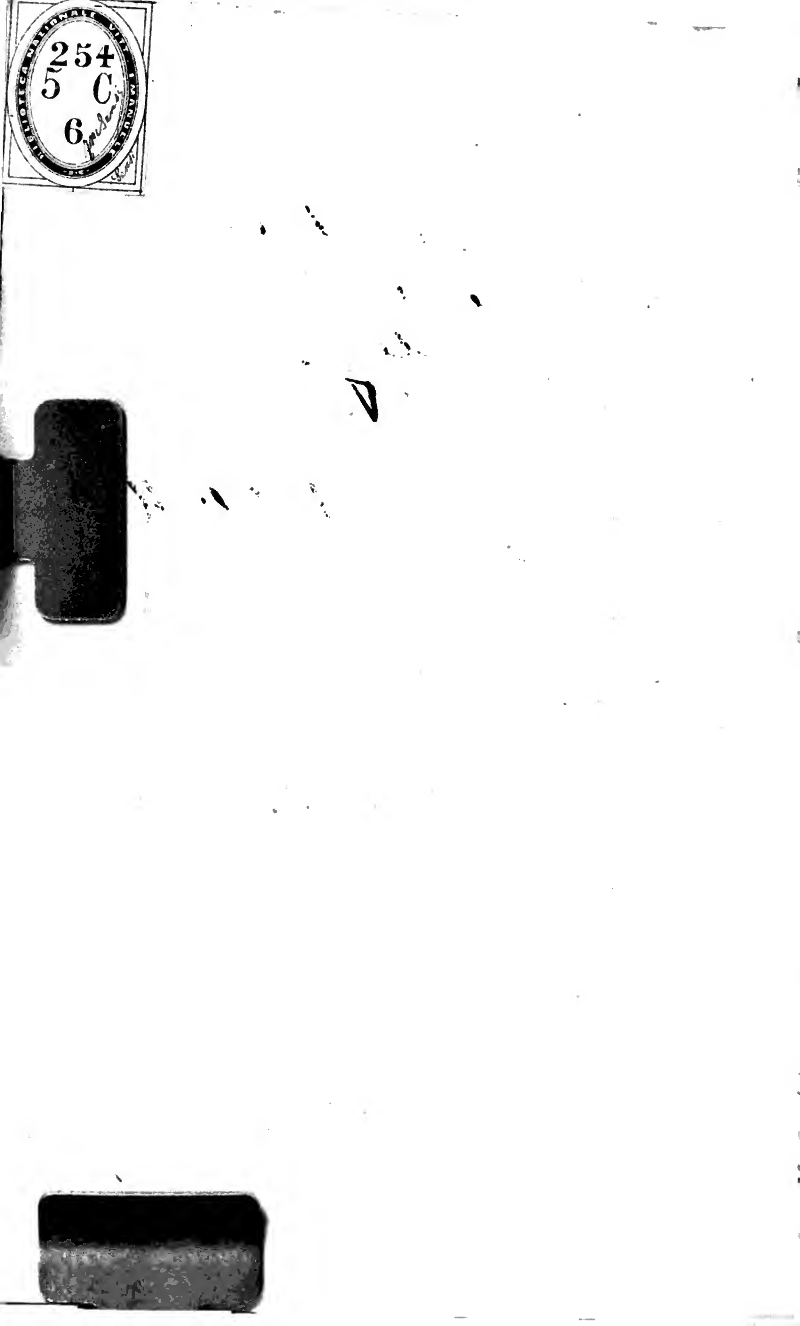



BIBLIOTECA NAZIONALE VITT. EMANUELE
254
5 C
6

THÉORIE

DU

CODE PÉNAL.

V

Paris. — Imprimerie de J. Dumaine, rue Christine, 2.

THÉORIE

DU

CODE PÉNAL

PAR

M. CHAUVEAU ADOLPHE

Ancien doyen de la Faculté de droit de Toulouse,

ET

M. FAUSTIN HELIE,

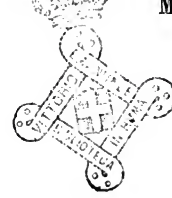
Membre de l'Institut, Président à la Cour de Cassation.

CINQUIÈME ÉDITION

ENTIÈREMENT REVUE ET CONSIDÉRABLEMENT AUGMENTÉE

PAR

M. FAUSTIN HELIE



TOME CINQUIÈME.

PARIS

IMPRIMERIE ET LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE JURISPRUDENCE

COSSE, MARCHAL ET BILLARD, IMPRIMEURS-ÉDITEURS,

LIBRAIRES DE LA COUR DE CASSATION,

Place Dauphine, 27.

1872

THÉORIE

DU

CODE PÉNAL

CHAPITRE LXVII.

DE LA RÉVÉLATION DES SECRETS PROFESSIONNELS.

(*Commentaire de l'art.* 378 *du Code pénal.*)

1866. Le délit prévu par l'art. 378 du Code pénal est un délit nouveau dans notre législation. Avant le Code, la loi, et la jurisprudence, plus encore que la loi, avaient reconnu à certains témoins le droit de refuser leurs témoignages à la justice, parce qu'ils n'auraient pu déposer sans violer le secret dont ils étaient dépositaires. Mais aucune peine ne frappait ces personnes, quand elles révélaient indiscrètement et méchamment les faits qui leur avaient été confiés. C'est cette lacune que l'article 378 a eu pour but de combler.

« Ne doit-on pas considérer comme un délit grave, dit 'exposé des motifs du Code, des révélations qui souvent ne tendent à rien moins qu'à compromettre la réputation de la personne dont le secret est trahi, à détruire en elle une confiance devenue plus nuisible qu'utile, à déterminer ceux qui se trouvent dans la même situation à mieux aimer être victimes de leur silence que de l'indiscrétion d'autrui, enfin à ne montrer que des traîtres dans ceux dont l'état semble ne devoir offrir que des êtres bienfaisants et de vrais consolateurs ? » L'orateur du Corps législatif ajoutait : « Cette disposition est nouvelle dans nos lois : il serait à désirer que la délicatesse la rendît inutile ; mais combien ne voit-on pas de personnes dépositaires de secrets dus à leur état sacrifier leur devoir à leur causticité, se jouer des sujets les plus graves, alimenter la malignité par des revélations indécentes, des anecdotes scandaleuses, et déverser ainsi la honte sur les individus, en portant la désolation dans les familles ? »

Ces lignes expliquent déjà l'esprit de l'art. 378, qui est ainsi conçu : « Les médecins, chirurgiens et autres officiers de santé, ainsi que les pharmaciens, les sages-femmes et toutes autres personnes dépositaires, par état ou profession, des secrets qu'on leur confie, qui, hors le cas où la loi les oblige à se porter dénonciateurs, auront révélé ces secrets, seront punis d'un emprisonnement d'un mois à six mois, et d'une amende de 100 fr. à 500 fr.

1867. Cette incrimination n'atteint qu'une seule classe de personnes, celles qui, par état ou profession, sont dépositaires des secrets qu'on leur confie. Quelles sont ces personnes ? voilà le premier point qu'il faut examiner.

La loi désigne nominativement les *médecins*, les *chirurgiens*, les *officiers de santé*, les *pharmaciens* et les *sages-femmes ;* aucune difficulté ne peut donc s'élever à cet égard. Mais quelles sont les autres personnes qui, par leurs fonctions et leurs devoirs, doivent être assimilées à celles-ci?

En première ligne il faut placer le *prêtre*. Dès le IVe siècle, un concile avait posé cette maxime : *Non liceat clericum ad testimonium devocari eum qui præses vel cognitor fuit* [1], et cette règle était fondée sur le secret de la confession. Ce n'est point comme homme que le prêtre le reçoit, mais comme ministre de Dieu ; il n'en doit aucun compte aux hommes : *De illis quæ homini sunt commissa in secreto per confessionem nullo modo debet testimonium ferri, quia hujus modi non scit ut homo, sed tanquam Dei minister, et majus est in vinculum sacramenti quolibet hominis præcepto* [2]. Tous les auteurs attestent que cette doctrine avait été consacrée par la jurisprudence des parlements [3] ; les docteurs la posent comme une règle du droit : *Sacerdos*, dit Farinacius, *non potest nec debet revelare sibi imposita per confitentem in sacramentali confessione* [4].

Cette règle n'a pu varier avec la législation, car elle ne dérive pas de la loi, mais de la religion ; l'inviolabilité de la confession est un des dogmes de la foi catholique, et ce culte est placé, par la loi du 18 germinal an x, sous la protection de l'Etat. Ainsi, la Cour de cassation a dû déclarer, quand cette question lui a été soumise, « que la religion catholique est placée sous la protection du gouvernement ; que ce qui tient nécessairement à son exercice doit conséquemment être respecté et maintenu; que la confession tient essentiellement aux rites de cette religion ; qu'elle cesserait d'être pratiquée dès l'instant où son inviolabilité cesserait d'être assurée ; que les magistrats doivent donc respecter et faire respecter le secret de la confes-

[1] Ex concil. Cartha. can. statutum, caus. 2, quæst. 6 ; Héricourt, Lois ecclés., p. 330, et in can. Sacerdos de pœnit., dist. 6 ; Durand de Maillane, v° Confesseur, n. 5.

[2] Saint Thomas, quæst. 70, art. 1er, in Corp.

[3] Jousse, t. 2, p. 98 ; Muyart de Vouglans, p. 786.

[4] Quæst. 51, num. 93.

sion, et qu'un prêtre ne peut être tenu de déposer, ni même être interrogé sur les révélations qu'il a reçues dans cet acte de religion[1]. »

1868. La même décision doit s'étendre à l'avocat. Comme le prêtre, il reçoit, dans l'exercice de ses fonctions, les aveux et la confession des parties ; il doit comme lui considérer ces révélations comme un dépôt inviolable. La confiance que sa profession attire ne serait qu'un détestable piége, s'il pouvait en abuser au préjudice de ses clients. Le secret est donc la première loi de ses fonctions ; s'il l'enfreint, il prévarique. Cette règle a été reconnue dans tous les temps ; la loi romaine l'avait consacrée : *Mandatis cavetur, ut præsides attendant, ne patroni in causâ cui patrocinium præstiterunt, testimonium dicant*[2]. Tous les docteurs s'appuient sur ce texte pour rejeter le témoignage de l'avocat ; mais Farinacius motive cette décision sur l'affection présumée de l'avocat pour son client : *Advocatus, in causâ in quâ est advocatus, propter præsumptam affectionem, testimonium ferre non potest*[3]. Cette raison n'est pas la véritable : le témoignage de l'avocat n'est pas repoussé, il est dispensé de déposer ; la loi ne le place pas en état de suspicion, elle reconnaît et consacre un devoir de sa profession ; il est libre de faire sa déclaration, mais il peut s'abstenir. Imbert dit avec plus de raison : « Un avocat ou procureur découvrant le secret de sa partie serait estimé prévaricateur[4]. » Jousse[5] et Muyart de Vouglans[6] attestent que cette maxime était suivie dans l'ancienne jurisprudence ; cependant Serpillon cite quelques arrêts qui auraient obligé les avocats à déposer[7]. Un ancien arrêtiste dit également : *Adversùs proprios clientes patroni ipsi ferre testimonium coacti sunt, ita sanciente sæpè senatu*[8]. Mais ces tentatives du parlement de Paris provoquè-

[1] Cass., 30 nov. 1810, S.3.265 ; J.P.8.668 ; Merlin, Rép., v° Confesseur; Legraverend, Lég. crim., t. 1er, p. 268.

[2] L. ult., Dig. de testibus.

[3] Quæst. 60, num. 155.

[4] Pratique judiciaire, l. 1er, chap. 62, p. 441.

[5] Tome 2, p. 102 et suiv.

[6] Lois crim., p. 784.

[7] C. crim., p. 447.

[8] Delaville, Dict. d'arr., v° Avocat, n. 249.

rent une résistance énergique de la part des avocats, et la règle qui les dispense de déposer des faits qu'ils ont appris dans leurs fonctions cessa d'être contestée [1]. Notre jurisprudence moderne l'a constamment maintenue : la Cour de cassation a déclaré « que les avocats et même les avoués sont dispensés de déposer des faits qui sont à leur connaissance, en leurs dites qualités seulement, dans le procès de leurs clients ; que cette dispense exceptionnelle est une mesure d'ordre public établie par la jurisprudence en faveur du droit sacré de la défense qui prédomine tous les autres [2]. »

1869. Cet arrêt étend la dispense de témoigner jusqu'aux *avoués*, et il est évident en effet que les mêmes motifs militent en faveur de ces officiers ministériels. Ils participent à la défense des parties ; ils ont donc et le même devoir et le même droit. Tous les auteurs les ont réunis, en ce qui concerne cette sorte de privilége, dans une décision commune [3]. La jurisprudence a sanctionné cette décision [4].

1870. Les notaires doivent-ils être assimilés, sous ce rapport, aux avocats et aux avoués ? Tous les anciens auteurs répondent affirmativement : « Comme ils sont dépositaires du secret des familles, dit Ferrières, ils sont dispensés de porter témoignage dans les choses qui concernent le fait de leurs charges et de révéler le secret des parties [5]. » Jousse [6], Muyart de Vouglans [7], Serpillon [8], rangent également les notaires parmi les personnes qui ne doivent pas révéler les faits qu'ils

[1] Mornac, sur la loi 14, au Dig. de jurejurando ; le président Favre, dans son son Code, liv. 4, tit. 15, défin. 19, p. 326, dit en termes formels : Procurator aut advocatus in causâ clientis sui in quâ vel procurator vel advocatus est, testis esse non potest, nec debet, nec proinde ad testimonium dicendum cogendus est.

[2] Cass., 23 juill. 1830, Journ. du dr. crim., 1830, p. 300. V. aussi Cass., 20 janv. 1826, Bull. n. 15, p. 263; 22 fév. 1828, Bull. n. 47 ; 11 mai 1844, Bull. n. 170.

[3] Jousse, t. 2, p. 102 ; Serpillon, t. 2, p. 447.

[4] Cass., 23 juill. 1830, cité *suprà* ; 6 janv. 1855, Bull. n. 6.

[5] V° Notaire, t. 2, p. 239.

[6] Instr. crim., t. 2, p. 104.

[7] Lois crim., p. 784.

[8] Cod. crim., t. 2, p. 448.

ne savent que par la nécessité de leur profession. Toutefois, Serpillon et Denisart[1] citent deux arrêts du parlement de Paris, des 19 janvier et 6 février 1743, qui auraient décidé que les notaires étaient obligés de déposer dans les affaires criminelles sur ce qui s'était passé entre les parties, lors des actes qu'ils avaient reçus. Les auteurs qui ont traité cette matière depuis le Code pénal ont continué à lier les notaires aux secrets des parties[2], et un arrêt de la Cour de Montpellier a reconnu que le notaire qui déclare à l'audience que les faits sur lesquels il est appelé à déposer lui ont été révélés dans le secret de son étude, ne peut être tenu de les déposer en justice[3]. Mais cette opinion n'a point été complétement partagée par la Cour de cassation; cette Cour a décidé « que les notaires ne seront pas compris dans cette désignation de l'art. 378, *toutes autres personnes*, puisque leurs devoirs et les peines qu'ils peuvent encourir en cas de violation en cette partie sont fixés par l'article 23 de la loi du 23 ventôse an XI, contenant organisation du notariat, loi spéciale en ce qui les concerne; que, d'après cet article, la défense qui leur est faite de délivrer expédition ni de donner connaissance des actes à d'autres qu'aux personnes intéressées en nom direct, héritiers ou ayants droit, est plutôt une défense de divulguer qu'un secret absolu qui leur est imposé, puisque, d'après cet article, ils sont tenus de délivrer ces expéditions à des tiers[4]. » Les notaires ne se trouvent point, en effet, dans la même situation que les avocats et les avoués; leur profession ne les appelle pas à exercer comme ceux-ci le droit sacré de la défense; ils n'ont point à recueillir, pour diriger cette défense, des aveux et des révélations; ils ne sont même pas dépositaires des secrets des parties, car leur mission se borne rigoureusement à recevoir les conventions et à les traduire fidèlement dans les actes. L'art. 23 de la loi du 25 ventôse an XI a défini leurs obligations et leurs devoirs, en

[1] V° Notaire.

[2] Carnot, sur l'art. 378 du Code de procédure, notes add., n. 105; Bourguignon, sur l'art. 322, Cod. instr. crim., t. 2, p. 52; Rauter, t. 2, p. 105; Il faut excepter Legraverend, t. 2, p. 261.

[3] Arr. Montpellier, 24 sept. 1827, S.28.2.127.

[4] Cass., 23 juill. 1830, Journ. du dr. crim., 1830, p. 299.

disposant « qu'ils ne pourront, sans l'ordonnance du président du tribunal de première instance, délivrer expédition ni donner connaissance des actes à d'autres qu'aux personnes intéressées en nom direct, héritiers ou ayants droit, à peine de dommages-intérêts, d'une amende de 100 fr., et d'être, en cas de récidive, suspendus de leurs fonctions pendant trois mois. »

Mais cette disposition limite-t-elle l'obligation du secret aux actes seulement? et cette obligation, qui se trouve écrite dans une loi spéciale où sont tracés les devoirs des notaires et qui définit leurs attributions et les soumet à une discipline sévère, doit-elle conduire à cette conséquence que l'art. 378, C. pén., n'a point substitué ses peines aux peines disciplinaires portées par l'art. 23 de la loi du 25 ventôse an XI et que les notaires ne sont point compris dans la classe des personnes qui sont, par leur profession, dépositaires de secrets? On peut objecter à cette solution qu'il n'est pas exact de considérer les notaires comme des officiers purement ministériels et instrumentaires, comme les simples rédacteurs des délibérations et des conventions des parties; qu'ils sont appelés par leurs fonctions, non-seulement à rédiger les actes, mais encore à diriger par leurs conseils les affaires de leurs clients, à leur faire connaître la nature et l'étendue de leurs droits, les transactions qui leur sont permises et celles qui leur sont interdites par la loi; qu'ils exercent sur les parties une sorte de juridiction volontaire; qu'ils reçoivent leurs confidences et deviennent dépositaires de leurs secrets; et que la confiance des familles étant uniquement attachée à l'idée que ce dépôt est inviolable, s'ils peuvent être déliés de ce devoir par la justice, s'ils sont tenus de divulguer les faits qui leur ont été révélés, leurs fonctions ne présentent plus les mêmes garanties, et par conséquent la sécurité des transactions civiles est profondément altérée; que si l'art. 23 de la loi du 25 ventôse an XI se borne, comme l'art. 177 de l'ordonnance d'août 1539, à interdire la communication des actes à des tiers, cette interdiction n'est qu'une application, dans un cas restreint, de la règle générale qui s'étend à toutes les fonctions du notaire; qu'on ne saurait induire de cette prohibition que, en dehors de ses termes, toute autre communication soit licite; qu'il est certain que le notaire est tenu de ne pas com-

muniquer à des tiers non-seulement les actes qu'il a reçus, mais les projets et les conventions qui précèdent ces actes; que l'obligation de garder fidèlement le dépôt des conventions des parties, si la loi ne l'a formulée qu'en ce qui concerne les actes, n'en est pas moins générale, et qu'elle est de l'essence des fonctions notariales. C'est en se fondant sur ces considérations que la Cour de cassation, appelée une seconde fois, à statuer sur cette question, a été amenée à poser une distinction qui sera établie plus loin, n° 1887.

1871. Ainsi, outre les personnes que l'art. 378 désigne nominativement, on peut ranger dans la catégorie des *autres personnes dépositaires par état ou par profession des secrets qu'on leur confie*, les prêtres, les avocats, les avoués, et dans certains cas les notaires. Mais nous ne désignons nous-mêmes ces personnes que par forme d'exemple, et sans prétendre limiter l'application de cet article : toutes autres personnes auxquelles leur profession imposerait les mêmes obligations seraient évidemment, au cas où elles les auraient violées, soumises aux mêmes peines : la disposition de la loi est purement démonstrative, et nous n'avons voulu qu'indiquer quelque cas d'application [1].

Le premier élément du délit consiste dans la *qualité de l'agent*, c'est-à-dire dans l'état ou la profession qui le soumet à l'obligation du secret. A l'égard des personnes qui ne sont pas astreintes par leur état ou leur profession au même devoir, la violation des secrets qui leur ont été confiés, coupable aux yeux de la morale, échappe entièrement à l'incrimination de la loi : le législateur n'a voulu punir que la violation des secrets *nécessaires*.

1872. Cette violation constitue par elle-même un délit moral; en effet, la loi exige que le secret ait été *révélé* par la personne à qui il a été confié; or cette révélation suppose nécessairement

[1] Voici une énumération assez complète de Damhouderius, cap. 123, n. 19, p. 393 : *Advocati, procuratores, tutores, curatores, oratores, secretarii, scribæ, graphiarii, atque id genus similes, qui secreta dominorum, pupillorum, adultorum, magistrorum suorum pandunt et propalant, aut qui instrumenta, litteras aut informationes ostendunt partibus adversariis, ii puniendi sunt (quia falsarii) pœnâ falsi.* L. 1, § 6, Dig. ad legem Corneliam de falsis.

le concours de la volonté, car il faut qu'elle ait été faite par la personne elle-même. Le délit moral, c'est la violation volontaire du secret, dépôt sacré confié à la discrétion du dépositaire. Ainsi, si la divulgation était le résultat d'un hasard, d'une circonstance fortuite, la réparation du préjudice ne pourrait être poursuivie par la voie criminelle ; car la négligence, l'imprudence même, ne peut remplacer la volonté, élément essentiel de tout délit. Mais quelle doit être la nature de cette volonté? faut-il distinguer les révélations simplement indiscrètes et celles qui sont faites avec l'intention de nuire? Cette distinction est rejetée par M. Rauter : « Le délit, dit cet auteur, consiste dans la violation du dépôt de confiance fait aux personnes dont il s'agit. L'intention criminelle existe donc par cela seul que le dépositaire viole volontairement ce dépôt et se met ainsi au-dessus de la loi ; il n'est donc pas besoin qu'il veuille nuire à la personne dont la confiance est lésée, il suffit qu'il veuille nuire au dépôt qu'il a reçu[1]. » Cette opinion n'est point admise par la Cour de cassation, qui a constaté au contraire « que l'art. 378 est placé sous la rubrique des calomnies, injures et révélations de secrets; qu'il a pour objet de punir les révélations indiscrètes inspirées par la méchanceté et le dessein de diffamer et de nuire[2]. » Cette interprétation est seule conforme aux règles générales de la loi pénale. La volonté, considérée comme élément d'un délit, renferme essentiellement l'intention de nuire; si l'on fait abstraction de cette intention, il ne reste plus qu'un fait matériel, préjudiciable sans doute, mais dépouillé de la criminalité qui seule le rend punissable. La révélation du secret est une sorte de diffamation ; or, l'intention d'injurier, d'outrager et de diffamer, est nécessaire pour constituer le délit de diffamation, d'outrage et d'injure, *injuria ex effectu facientis*[3]. On ne peut admettre avec M. Rauter que l'intention criminelle *existe* par cela seul que le dépositaire du secret viole volontairement ce dépôt; car il n'existe point, en droit pénal, de preuve nécessaire d'une

[1] Traité de dr. crim., t. 2, p. 104.
[2] Cass., 23 juill. 1830, Journ. du dr. crim., t. 2, p. 299.
[3] L. 3, Dig. de inj. et fam. libell.

intention criminelle; mais, de même que cette intention est présumée en matière d'injure quand les expressions sont par elles-mêmes injurieuses, le seul fait d'une indiscrétion volontaire peut faire présumer l'intention de nuire, et c'est au prévenu à justifier qu'il n'avait pas cette intention. Ainsi, point d'injure sans esprit d'injure; point de délit de révélation de secret sans l'intention de violer la foi due au secret, de nuire à la personne qui l'a confié; enfin, point de preuve nécessaire du délit dans l'indiscrétion même du dépositaire. Ces règles ne sont que celles du droit commun, et l'art. 378 n'a point soustrait à leur application le délit qu'il prévoit.

Ce délit ne peut donc exister que par le concours de trois circonstances distinctes : le dépôt d'un secret dans le sein d'une personne qui, par état ou profession, est tenue de le garder fidèlement; la divulgation de ce secret par le fait de cette personne; l'intention criminelle qui doit accompagner cette révélation.

1873. Ces caractères du délit étant posés, il est nécessaire d'examiner dans quelles circonstances il peut être commis.

Et d'abord, il est à remarquer que l'art. 378 n'inculpe les révélations des personnes obligées par état ou profession à la loi du secret, que lorsqu'elles sont faites *hors le cas où la loi les oblige à se porter dénonciateurs.*

Cette exception a été empruntée à l'ancienne législation. Une ordonnance de Louis XI, du 22 décembre 1477, dont les dispositions furent à peu près reproduites par les art. 103 et suivants du Code pénal, ordonnait « que toutes personnes quelconques qui sauront ou auront connaissance de quelques traités, machinations, conspirations et entreprises qui se feront à l'encontre de notre personne, de nos successeurs, et aussi à l'encontre de l'Etat et sûreté de nous ou d'eux et de la chose publique de notre royaume, soient tenues et réputées criminelles de crime de lèse-majesté si elles ne le révèlent. » D'après cette disposition absolue, les auteurs enseignaient et les parlements déclaraient que les avocats, les procureurs et même les confesseurs cessaient d'être liés par l'obligation du secret, toutes les fois que les confidences ou la confession qui leur étaient faites contenaient l'aveu d'un crime de lèse-majesté au premier

chef[1]. Les théologiens cependant protestaient, en ce qui concerne la confession, contre cette exception ; et Farinacius, jurisconsulte romain, adhérait formellement à leur doctrine : *Sacerdos non potest delicta commissa per confitentem revelare, etiam quod sint atrocissima, ac etiam quod continentur sub crimine læsæ majestatis; imò nec ètiam ad id cogi potest de mandato papæ* [2].

Les art. 103 et suivants du Code pénal ont été abrogés par la loi du 28 avril 1832. Les personnes qui acquièrent la connaissance de crimes intéressant la sûreté de l'Etat n'ont donc plus *l'obligation* de les dénoncer; l'exception réservée dans la disposition de l'art. 278 a donc cessé d'être applicable, et, comme elle ne se référait qu'à ce seul cas, son abrogation est le complément et la conséquence de l'abrogation des art. 103 et 105. Si, par suite d'une inadvertance du législateur, elle est restée écrite dans l'art. 378, elle est désormais stérile et sans application ; car l'obligation de se porter dénonciateur, à l'égard des médecins, des avocats, des prêtres, ne résulte plus d'aucune loi. Si les art. 29 et 30 du Code d'instruction criminelle ont prescrit de donner avis au procureur de la République des crimes qui parviennent à la connaissance des fonctionnaires et des citoyens, cette disposition ne s'applique qu'aux fonctionnaires qui ont acquis cette connaissance dans l'excice *de leurs fonctions*, et aux particuliers qui ont été *les témoins* de ces crimes.

1874. Un autre cas d'application pourrait cependant se présenter. Un édit de décembre 1666, portant règlement pour la police de Paris, disposait que « les maîtres chirurgiens seraient tenus de déclarer au commissaire du quartier les blessés qu'ils auront pansés chez eux ou ailleurs, pour en être fait, par ledit commissaire, son rapport à la police. » Deux ordonnances de police des 8 novembre 1780 et 4 novembre 1788 ont répété cette disposition en ces termes : « Enjoignons aux maîtres en chirurgie et à tous autres exerçant la chirurgie à Paris, d'écrire les noms, qualités et demeures des personnes qui seront blessées, soit de nuit, soit de jour, et qui auront été conduites chez

[1] Serpillon, Cod. crim., t. 1er, p. 68; Brillon, v° Confession, num. 11; Jousse, t. 2, p. 99.

[2] Quæst. 51, num. 99, 100 et 101.

elles pour y être pansées, ou qu'ils auront été panser ailleurs, et d'en informer incontinent le commissaire du quartier, sous peine de 300 livres d'amende, d'interdiction, et même de punition corporelle. » Deux arrêtés de police des 4 pluviôse an XII et 25 mars 1816 ont tenté de renouveler ces dispositions.

Il est évident qu'elles ne sont plus applicables. L'édit de décembre 1666, seule base légale d'une pénalité quelconque, était un règlement spécial pour la police de Paris; il n'a jamais eu force de loi hors de cette ville et de ses faubourgs; il ne peut donc être invoqué comme une loi à laquelle ait pu se référer l'art. 378. Et puis, ne serait ce pas détruire entièrement cet article, en ce qui concerne les médecins et les chirurgiens, que de les contraindre à dénoncer toutes les blessures qu'ils sont appelés à soigner? N'est-ce pas précisément dans le secret de ces soins qu'est placé le devoir de leur profession? L'édit de 1666 eût-il le caractère d'une loi générale, eût-il survécu à l'abrogation successive des lois de cette nature prononcée par la législation intermédiaire, se trouverait aujourd'hui virtuellement abrogé par l'art. 378 lui-même; car ce ne serait pas seulement une exception à cet article qu'il faudrait en déduire, il s'agirait de tous les cas à peu près où les médecins sont appelés à connaître, dans l'exercice de leur art, des faits qui peuvent se rattacher à des délits; il s'agirait de leur ravir l'indépendance de leur noble profession, d'effacer leur obligation la plus sacrée, pour les transformer en dénonciateurs d'office des malades auxquels ils donnent leurs soins.

1875. Mais cette règle ne fléchit-elle pas lorsque les révélations sont provoquées par la justice elle-même, quand l'avocat, le prêtre, le médecin sont cités comme témoins, et que le juge les interpelle de déclarer toute la vérité?

Il faut reconnaître, en premier lieu, qu'ils peuvent s'abstenir de déposer. Cette abstention n'est que l'accomplissement d'un devoir; la justice ne peut en exiger la violation. Appuyés sur la loi même qui les oblige au secret, ils doivent se borner à déclarer, avant de prêter serment, qu'ils ont été les médecins, les conseils, les confesseurs du prévenu, et à requérir d'être dispensés de déposer. Les juges doivent s'arrêter à cette fin de non-recevoir, si le fait qui la fonde est vrai : la loi n'a point

de peines, n'a pas de moyens de contrainte qui puissent dans ce cas forcer la déposition. L'avocat, le prêtre, l'homme de l'art, n'ont pour arbitre de leur conduite que leur conscience et l'intelligence des devoirs de leur état. Il a été jugé dans ce sens, par un premier arrêt : « que l'avocat a toujours été tenu de garder un secret inviolable sur tout ce qu'il apprend à ce titre; que cette obligation absolue est d'ordre public, et qu'il ne saurait dès lors appartenir à personne de l'en affranchir; que l'avocat, lorsqu'il est cité en témoignage, n'a donc pour règle, dans sa déposition, que sa conscience, et qu'il doit s'abstenir de toutes les réponses qu'elle lui interdit [1]; » par un second arrêt : « que tout citoyen doit la vérité à la justice lorsqu'il est interpellé par elle; qu'aucune profession ne dispense de cette obligation d'une manière absolue, pas même celles qui sont tenues au secret, au nombre desquelles sont rangés par l'art. 378 les médecins et chirurgiens; qu'il ne suffit donc pas à celui qui exerce une de ces professions, pour se refuser à déposer, d'alléguer que c'est dans l'exercice de sa profession que le fait sur lequel sa déposition est requise est venu à sa connaissance; mais qu'il en est autrement lorsque ce fait lui a été confié sous le sceau du secret auquel il est astreint à raison de sa profession; que, si l'on admettait la dispense de déposer dans le premier cas, la justice pourrait se trouver privée de renseignements et de preuves indispensables à son action, sans aucun motif que le caprice du témoin; que si on la refusait dans le second, il en pourrait résulter les inconvénients les plus graves pour l'honneur des familles et pour la conservation de la vie des citoyens; que ces intérêts exigent, en effet, dans les cas particuliers où le secret est nécessaire, que le malade soit assuré de le trouver dans l'homme de l'art auquel il se confie; que la dispense de déposer, ainsi restreinte, a toujours été admise dans l'ancienne jurisprudence, à laquelle n'a dérogé aucune disposition de nos Codes [2]; » enfin, par un troisième arrêt : « qu'aux termes de l'art. 378, les médecins,

[1] Cass., 11 mai 1844, Bull. n. 170, S.44.1.529; et conf. Cass., 20 janv. 1826, Bull. n. 15.

[2] Cass., 26 juill. 1845, Bull. n. 245, S.45.1.582.

chirurgiens et autres officiers de santé, ainsi que les sages-femmes, peuvent être, à raison de leur profession, rendus dépositaires de secrets de famille qu'ils ne peuvent révéler sans s'exposer à des peines; en fait, qu'il est constaté, dans l'espèce, que la femme Prévost avait été rendue dépositaire, par la mère de l'enfant dont celle-ci est accouchée, du secret relatif à la filiation de cet enfant; qu'en affranchissant ladite sage-femme, par le motif pris de sa qualité et du secret dont il s'agit, de la peine de l'art. 346, pour n'avoir pas révélé le nom de la mère dans la déclaration de naissance faite à l'état civil, le jugement attaqué, loin de violer les dispositions de cet art. 346, en a fait une saine interprétation [1]. » La même règle a été appliquée aux prêtres, en ce qui concerne les révélations qu'ils ont reçues dans le secret de la confession [2], et aux avoués, en ce qui concerne les faits qui leur ont été confiés dans l'exercice de leur profession et sous le sceau du secret [3].

1876. Ce principe est admis par tous les anciens auteurs [4]; et, parmi les criminalistes modernes, M. Legraverend est le seul qui l'ait contesté [5] : « Cette prétention, dit cet auteur, me paraît inadmissible. La société tout entière est intéressée à la punition des crimes et des délits. La loi défend de faire des actes contraires aux mœurs, et les frappe de nullité ; à plus forte raison défend-elle de faire des actes criminels. Il ne peut donc être permis à qui que ce soit, avocat, avoué, notaire, de prêter son ministère à de pareils actes; il ne peut lui être permis de se taire, lorsqu'il est interrogé par la justice sur des actes de cette espèce, ou sur des actes licites qui ont eu pour objet de couvrir d'un voile des faits criminels aux yeux de la loi. Il doit donc déclarer tout ce qu'il sait; il doit être mis, par des interpellations précises, dans la nécessité de répondre catégoriquement sur les faits qu'il importe d'éclaircir et d'approfondir; et s'il refuse de dire la vérité, toute la vérité, on doit user

[1] Cass., 1er août 1845, Bull. n. 150, S.45.1.840.

[2] Cass., 30 nov. 1810, S.11.1. 50.

[3] Cass., 18 juin 1835, Bull. n. 241.

[4] Jousse, t. 2, p. 98 et 104 ; Muyart de Vouglans, p. 786 ; Domat, Lois civ., part. 1re, p. 154.

[5] Législ. crim., t. 1er, p. 154.

contre lui des voies de droit que la loi a mises, en pareil cas, à la disposition de ses ministres. » Ces objections sont évidemment dénuées de fondement. Il ne s'agit pas de savoir si les médecins, les avocats, les prêtres peuvent s'abstenir de déposer relativement à des actes criminels auxquels ils auraient pris une part quelconque ; car, dans ce cas, ils se seraient rendus complices de ses actes, et ce n'est pas comme témoins, mais comme prévenus, qu'ils seraient cités devant la justice. Leur témoignage ne pourrait même être exigé, puisqu'il pourrait avoir pour effet de les inculper eux-mêmes. Il s'agit uniquement de savoir si les renseignements qu'ils ont recueillis dans l'exercice de leur ministère, en donnant, par exemple, des soins à un malfaiteur blessé dans un acte d'agression, en recevant sa confession, en préparant sa défense, doivent être nécessairement livrés à la justice. Ainsi, les dépositaires de ces renseignements sont étrangers à la perpétration du crime, ils n'ont fait que prêter aux coupables l'assistance de leur ministère après sa consommation. Doivent-ils être contraints de révéler ces actes d'assistance, de trahir la confiance dont ils ont été l'objet, de détruire la sûreté des rapports de leur profession avec les citoyens ? La société n'a-t-elle d'autre intérêt que de découvrir partout les indices des crimes ? N'a-t-elle pas aussi l'intérêt non moins sacré de maintenir la sûreté des relations des citoyens, de protéger la foi jurée, de veiller à l'accomplissement des devoirs moraux ? C'est là qu'était la question, et c'est pour ne pas l'avoir comprise que M. Legraverend l'a résolue dans un sens opposé.

1877. La jurisprudence n'a présenté de contradiction sur ce point qu'en ce qui concerne les notaires. Un premier arrêt (qui a été rapporté au n° 1870) avait refusé de leur étendre le privilége de ne pas déposer. La question s'est présentée une seconde fois, et, chargé du rapport devant la Cour de cassation, nous avons exposé les considérations suivantes : « Il ne faut point méconnaître, comme le disait le conseiller d'Etat Réal, dans l'exposé des motifs de la loi du 25 ventôse an XI, que les notaires sont les conseils désintéressés des parties, aussi bien que les rédacteurs impartiaux de leurs volontés ; qu'ils exercent même, suivant l'expression du tribun Favard, une sorte de

magistrature dans laquelle, juges volontaires des intentions des parties contractantes, ils les obligent irrévocablement. Sous ce rapport, on ne saurait contester qu'ils sont tenus, en thèse générale, de respecter le secret des conventions et des affaires qui sont confiées à leur foi. Mais résulte-t-il de cette obligation morale, qui est sans contredit la loi de leurs fonctions, qu'ils soient dispensés de répondre à la justice quand elle leur demande compte des faits qui leur ont été révélés? Quel est le motif qui fonde la dispense de déposer? Cette dispense n'est point et ne peut être un privilége attaché à une fonction quelconque. On ne concevrait pas qu'un témoin, par cela seul qu'il exerce telle ou telle fonction, pût être dispensé de faire connaître à la justice ce qu'il sait sur les faits dont elle est saisie. La dispense de témoigner ne peut avoir d'autre fondement que la nécessité. Les exceptions au principe général de l'art. 80 du Code d'instruction criminelle ont été successivement établies par votre jurisprudence. Devez-vous assimiler le notaire à l'avocat ou à l'avoué, au prêtre ou au médecin? Il semble suivre de la disposition de l'article 1er de la loi du 25 ventôse an XII, que les attributions notariales sont limitées : 1° à la réception des actes; 2° au dépôt et à la conservation de ces mêmes actes; 3° à la délivrance des grosses et expéditions. Ce sont là effectivement les fonctions générales des notaires; mais ces fonctions, quand elles s'exercent telles que le législateur lui-même a voulu les constituer, ne sont pas strictement renfermées dans le fait matériel de la rédaction des stipulations, elles les dirigent, et les notaires, sous ce rapport, doivent à certains égards être considérés comme les conseils mêmes des parties. Néanmoins cette assimilation doit-elle être complète? Le notaire, consulté sur une transaction qui va se conclure, est-il dans la même position que l'avocat qui, chargé d'un procès, s'enquiert des moyens de défense qu'il présente? Faut-il accorder la même protection aux conseils qui ont pour objet la rédaction des actes, en dehors de tout litige pendant devant les tribunaux, et aux communications qui sont relatives au fond même d'un procès, à la défense d'un prévenu? La confiance est-elle forcée vis-à-vis du notaire, comme elle l'est vis-à-vis de l'avocat? N'y a-t-il pas lieu de distinguer les garanties que peuvent exiger

les intérêts qui s'agitent dans le cabinet du notaire, et celles que réclame le droit de la défense que la loi assure à toutes les parties? Le principe général qui se débat au fond de cette question est le droit de la justice d'arriver, par tous les moyens dont elle dispose, à la découverte de la vérité. Chaque restriction, en lui ôtant un moyen de preuve, lui enlève une garantie. Jusqu'ici toutes les garanties que vous avez admises à l'égard du médecin, à l'égard du prêtre, à l'égard de l'avocat, se fondent sur un intérêt que la justice ne pouvait méconnaître sans cesser d'être la justice elle-même. Les notaires invoquent-ils un intérêt aussi impérieux? C'est ce que vous avez à apprécier [1]. »

La Cour a rejeté le pourvoi du notaire qui avait été condamné à l'amende pour refus de déposer; mais elle ne l'a rejeté qu'en admettant une distinction qu'elle a formulée en déclarant : « que tous les citoyens doivent la vérité à la justice, lorsqu'ils sont interpellés par elle; que ceux mêmes qui, aux termes de l'art. 378, sont dépositaires, par état ou profession, des secrets qu'on leur confie, ne sont pas dispensés d'une manière absolue de cette obligation générale; qu'il ne suffit pas dès lors au notaire qui se refuse à déposer, d'alléguer, pour justifier ce refus, que c'est dans l'exercice de ses fonctions que le fait sur lequel sa déposition est requise est venu à sa connaissance; que l'on ne peut admettre que la justice puisse être privée de renseignements et de preuves indispensables à son action par la seule volonté du témoin; que ce n'est que dans le seul cas où les faits sur lesquels ils sont interrogés leur sont révélés sous le sceau du secret, que les notaires peuvent être dispensés de déposer; que les intérêts des familles peuvent exiger, en effet, dans des cas particuliers, que les confidences qui leur sont faites ne soient pas divulguées et que les graves inconvénients qui pourraient résulter de cette divulgation doivent motiver une limite au droit de l'instruction; mais que cette dispense doit être restreinte, conformément aux règles générales de la matière, au cas seulement où elle est strictement nécessaire à l'exercice des fonctions notariales; en fait, que,

[1] V. dans Sirey, 53.1.380.

devant le juge d'instruction du tribunal de Pontoise, le sieur Lamarre, interpellé d'expliquer l'emploi fait d'une somme faisant partie du montant d'une obligation souscrite devant lui, s'est borné à déclarer, pour justifier son refus de répondre, qu'il n'avait eu connaissance de ce fait qu'en sa qualité de notaire et dans l'exercice de ses fonctions; que, dans cet état, le juge d'instruction a pu condamner le demandeur à 100 fr. d'amende pour refus de déposition [1]. »

1878. Il est donc certain, en thèse générale, que l'intervention de la justice ne modifie nullement les obligations des personnes auxquelles des secrets sont confiés à raison de leur état ou de leur profession, et qu'elles doivent s'abstenir, quand elles sont citées comme témoins, de répondre aux interpellations qui leur sont adressées, en se bornant à déclarer le titre qui leur commande le silence. Néanmoins si, contrairement à ces principes de la plus saine morale, il arrivait qu'une interpellation directe fût adressée à un témoin dépositaire du secret, et que ce témoin répondît à cette interpellation en révélant à la justice des faits qu'il devait celer, deviendrait-il passible des peines de l'art. 378? Il résulte des règles que nous avons posées que ces peines ne seraient pas applicables. En effet, le fait matériel de la révélation du secret ne suffit pas pour constituer un délit, il faut que ce fait soit accompagné d'une intention de nuire. Or, si le médecin, l'avocat, le prêtre, ne déposent que pour obéir à la justice, s'ils ne font que répondre aux interrogations qui leur sont faites, il est difficile d'apprécier dans leurs déclarations le but criminel qui caractérise le délit. Ce but se révèle dans les dénonciations spontanées, dans les déclarations qui ne sont le résultat d'aucune provocation légitime : le dépositaire trahit volontairement et sans nécessité le secret confié à sa foi; son dessein de nuire ressort de cette circonstance même. Mais l'interpellation de la justice enlève à son action sa criminalité; sa révélation n'est pas moins la violation d'un devoir, mais les ordres de la justice sont sa justification : il a pu mal comprendre les priviléges de son état, il a pu se croire lié par cette règle, posée par l'art. 80 du Code d'instruction crimi-

[1] Cass., 10 juin 1853, Bull. n. 209, S.53.1.379.

nelle, que toute personne citée pour être entendue en témoignage est tenue de comparaître et de satisfaire à la citation. L'erreur ne peut remplacer l'intention criminelle [1]. Toutefois, il ne s'agit point d'ouvrir une voie pour échapper aux dispositions de l'art. 378. Il serait possible que le dépositaire d'un secret qui voudrait le trahir impunément, répandît des soupçons suffisants pour éveiller l'action publique, et profitât du rôle de témoin, qu'il aurait provoqué, pour révéler publiquement les confidences qu'il aurait reçues. Dans cette hypothèse, le délit serait évident. L'intervention de la justice ne serait plus une cause de justification, si lui-même a provoqué son action ; car cette intervention ne modifie pas l'obligation du dépositaire; elle établit seulement la présomption qu'il n'a déposé qu'en vue d'un intérêt général et non de ses haines particulières; or cette présomption peut être détruite par les faits qui ont accompagné la révélation, et le délit reprend alors tous ses éléments.

1879. Les personnes obligées au secret sont-elles déliées de cette obligation par le consentement de la partie intéressée? Deux arrêts des Cours de Grenoble et de Montpellier ont décidé « que l'obligation du secret continue d'exister dans le cas même où celui que les faits concernent et qui les a confiés en demande la révélation [2]. » Il nous semble qu'il faut appliquer ici la même décision qu'aux témoignages demandés par la justice. Le consentement donné à la divulgation par la personne qui a confié le secret ne saurait délier le dépositaire du devoir imposé à sa profession; il peut donc et il doit s'abstenir encore de déposer des faits dont il a reçu la confidence dans l'exercice de ses fonctions. L'obligation prescrite par l'art. 378 a été établie dans un intérêt général; sa violation ne blesse pas seulement la personne qui a confié le secret, elle blesse la société entière, parce qu'elle enlève à des professions sur lesquelles cette société s'appuie la confiance qui doit les environner. Le délit peut donc exister indépendamment de l'adhésion de la partie lésée à sa perpétration. Mais il faut ajouter que si cette adhé-

[1] V. dans ce sens l'arrêt déjà cité du 23 juill. 1830, et Rauter, t. 2, p. 105.
[2] Arr. Montpellier, 24 sept. 1827, S.28.2.128 ; Grenoble, 23 août 1828, S.28.2.318.

sion n'efface pas l'obligation du secret, elle doit du moins faire présumer, dans le cas où le dépositaire ainsi provoqué aurait fait la déclaration, qu'il n'a point eu l'intention de nuire ; il serait donc nécessaire que cette intention fût spécialement prouvée, pour que le délit existât et pût être puni.

1880. Il reste à établir une distinction importante en cette matière. Nous avons raisonné jusqu'ici dans l'hypothèse où les faits auraient été confiés à raison de l'état ou de la profession, et dans l'exercice de cet état ou de cette profession. Mais les avocats, les médecins, les ministres du culte peuvent avoir acquis la connaissance de tout ou partie des faits secrets par des circonstances étrangères à leur état. Dans ce cas ils ne sont pas tenus au secret, car ce n'est pas en leur qualité que les faits leur ont été confiés ; ils sont donc soumis, comme tous les autres citoyens, à porter témoignage de ces faits en justice. « Ainsi, dit Jousse, si l'affaire pour laquelle le confesseur est assigné est étrangère à la confession, et que le confesseur ne la sache point par cette voie, mais par une voie étrangère, rien ne l'empêche de pouvoir déposer même contre son pénitent [1]. » Il faut, toutefois, excepter le cas où la connaissance du crime a été acquise, non dans l'acte de la confession même, mais sous le sceau du secret dû à cet acte sacramentel. La Cour de cassation a reconnu que, dans ce cas, le devoir du prêtre l'obligeait également au secret ; son arrêt porte « que si, dans l'espèce, la révélation faite au prêtre n'a pas eu lieu réellement dans un acte religieux et sacramentel de confession, elle n'a été déterminée que par le secret qui était dû à cet acte ; que c'est dans cet acte et sous la foi de son inviolabilité que le révélant a voulu faire sa révélation ; que, de son côté, le prêtre a cru la recevoir sous la bonne foi et sous la confiance de l'un et de l'autre, lesquelles ne peuvent être trompées par une forme qui, n'étant relative qu'à l'effet sacramentel de la confession, ne peut en anéantir les obligations extérieures et civiles ; qu'une décision contraire, en ébranlant la confiance qui est due à la confession religieuse, nuirait essentiellement à la pratique de cet acte de la religion catholique ; qu'elle serait conséquemment en oppo-

[1] Tome 2, p. 100.

sition avec les lois qui en protégent l'exercice ; qu'elle blesserait la morale et l'intérêt de la société [1]. » Il en est de même des avocats et des avoués. « Dans les affaires, dit Jousse, pour lesquelles les avocats et les procureurs n'ont point été consultés, et qui ne leur ont point été dénoncées sous le secret, et surtout dans les affaires criminelles, ils peuvent être contraints de déposer comme les autres étrangers contre leurs clients et autres accusés, quoiqu'ils soient leur conseil ordinaire [2]. » En effet, l'exception ne doit pas être étendue au delà de ses justes bornes : elle est fondée sur le devoir de la profession, elle doit être limitée aux faits confiés à cette profession, même sous le sceau du secret qui forme ce devoir. Ainsi les avocats et les avoués ne sont pas dispensés de déposer, lorsqu'ils ont eu connaissance des faits avant que la partie intéressée les ait consultés ; ou encore lorsqu'il paraît que c'est frauduleusement qu'on a eu recours à leur ministère pour les empêcher d'être entendus en témoignage, et pour s'en faire un moyen de reproche contre eux [3]. La Cour de cassation a consacré cette distinction, en déclarant que l'avocat cité comme témoin devant la Cour d'assises, peut être obligé à prêter le serment prescrit par la loi, quoiqu'il déclare qu'en sa qualité d'avocat il ne croit pas devoir déposer, si la Cour d'assises « restreint la déposition à faire par ce témoin aux faits qui seraient venus à sa connaissance autrement que dans l'exercice de sa profession [4]. » Dans une autre espèce, la même Cour a reconnu qu'une Cour d'assises avait pu rejeter l'exception proposée par un avoué, en déclarant « qu'en principe cet avoué avait la faculté de ne pas déposer des faits qui lui avaient été révélés à ce titre, mais en admettant la possibilité que le témoin eût été informé, en dehors de ses fonctions, de circonstances relatives à l'affaire, et en s'en rapportant à cet égard à sa conscience [5]. » La même règle s'applique encore aux médecins, chirurgiens, pharmaciens et sages-femmes : ce n'est

[1] Cass., 20 nov. 1810, S.1.265 ; J.P.8.668.
[2] Tome 2, p. 103. — Merlin, v° Déposition, Rép. — Serpillon, tome 1er, p. 448.
[3] Muyart de Vouglans, p. 786.
[4] Cass., 14 sept. 1827, S.28.1.391.
[5] Cass., 18 juin 1834, Journ. du dr. crim., 1835, p. 304.



qu'au cas où ils n'ont connu les faits que par les soins qu'ils ont été appelés à donner, où les maladies par leur nature exigent le secret, où enfin ce secret leur a été demandé, qu'ils sont tenus à une inviolable discrétion. Cette règle importante, qui peut seule concilier le droit de la justice et le droit de la défense, a été posée, avec plus de précision qu'elle ne l'avait été encore, par deux arrêts, dont l'un a été rapporté au n° 1886, et dont l'autre porte « que toute personne appelée en témoignage est tenue de déclarer tous les faits à sa connaissance, sous la seule restriction qu'imposent dans un intérêt d'ordre public à certains témoins la loi et les devoirs de sa profession ; qu'il n'y a d'autres restrictions que celles qu'ils jugeraient leur être imposées par les devoirs de cette profession à l'occasion de faits qui leur auraient été confiés sous le sceau du secret, ou qui seraient de nature à exiger le secret [1].

1881. En résumé, les médecins, les avocats, les confesseurs et les autres personnes obligées au secret par leur profession, doivent, comme tous les autres citoyens, déclarer à la justice tous les faits qui sont parvenus à leur connaissance *autrement que comme dépositaires par état* de secrets qui leur ont été confiés à raison de leurs fonctions. Dans ce dernier cas, ils doivent interroger leur conscience et taire tout ce que la morale et les devoirs de leur état leur défendent de révéler. A la vérité, leur décision est soumise à l'appréciation des tribunaux, qui conservent le pouvoir de leur infliger une amende pour refus de déposition ; mais ce n'est qu'au cas où il serait reconnu qu'ils ont acquis la connaissance des faits par une autre voie que par leur état, que cette mesure pourrait être prise à leur égard ; et en général ils restent les souverains appréciateurs de l'application et des limites d'une règle qu'ils ne doivent observer que dans l'intérêt de la morale et de l'humanité, et jamais avec la pensée de nuire à la découverte de la vérité.

[1] Cass., 6 janv. 1855, Bull. n. 6.

CHAPITRE LXVIII.

DU VOL. — CARACTÈRES GÉNÉRAUX DE CE DÉLIT. — VOLS SIMPLES.

(*Commentaire des art.* 379, 380 *et* 401 *du Code pénal.*)

1882. Crimes et délits contre les propriétés : nouvelle classe d'infractions.
1883. Du vol. Caractère général de ce délit.
1884. Sa définition : soustraction frauduleuse de la chose d'autrui. Division de cette matière.

§ Ier. — *De la soustraction.*

1885. Ce qu'il faut entendre par soustraction : c'est l'enlèvement de la chose appréhendée.
1886. Cette définition est confirmée par la jurisprudence. Ainsi point de soustraction s'il y a eu remise volontaire de la chose.
1887. Du cas où une chose, remise par erreur, a été frauduleusement gardée.
1888. Du cas où l'appréhension a été préparée par des manœuvres frauduleuses qui excluent la remise volontaire.
1889. De la soustraction par le débiteur d'un titre qui lui est présenté pour qu'il l'acquitte.
1890. Le vol ne peut frapper que les choses mobilières.
1891. Mais les matières extraites du sol peuvent, quand elles en sont détachées, être l'objet d'un vol.
1892. Le vol ne peut avoir lieu sur une chose incorporelle.
1893. Il ne peut y avoir vol de choses louées ou prêtées ou reçues en nantissement.
1894. La règle qui prohibe la preuve testimoniale des conventions ne s'applique point en matière de vol.
1895. Distinction du vol et de la violation des conventions.
1896. Application de cette distinction par la jurisprudence.
1897. Faut-il considérer comme une soustraction le fait de celui qui, ayan trouvé par hasard un objet appartenant à autrui, le retient frauduleusement ?
1898. Appréciation critique de la jurisprudence sur ce point.
1899. Y a-t-il lieu de distinguer si l'intention de s'approprier la chose n'est née qu'après l'appréhension ?
1900. Si la rétention frauduleuse peut équivaloir à la soustraction ?

1901. Le repentir de l'agent et la restitution de la chose volée ne font pas disparaître le caractère criminel du vol. Les actes ultérieurs ne doivent pas être confondus avec le délit.

1902. C'est la soustraction seule qui imprime au vol son caractère distinct et le sépare des autres modes de spoliation.

§ II. — *De la fraude.*

1903. Caractères constitutifs de la fraude.

1904. Le caractère litigieux de l'objet soustrait peut ôter à la soustraction son caractère frauduleux.

1905. Du cas où le créancier enlève la chose de son débiteur ou prend à force ouverte la somme qui lui est due.

1906. Est-il nécessaire que l'agent ait eu l'intention de s'approprier la chose d'autrui ? Suffit-il qu'il ait voulu l'en dépouiller?

1907. L'extrême nécessité efface-t-elle le délit?

1908. Il faut le concours simultané de la fraude et de la soustraction.

1909. L'appréciation de la fraude échappe à toute censure, à moins qu'elle ne se fonde sur des raisons de droit.

§ III. — *Chose d'autrui.*

1910. Il faut que la chose frauduleusement soustraite appartienne à autrui : soustraction d'une chose mise en gage.

1911. La juridiction correctionnelle est compétente pour statuer sur l'exception de propriété de la chose soustraite.

1912. Mais il importe peu qu'il soit ou non établi à qui appartient la chose soustraite.

N° 1er. — Première exception : détournement d'objets saisis.

1913. Ce détournement ne constitue pas un vol. Nouvelle disposition du deuxième paragraphe de l'art 400 qui assimile ce fait au délit de vol.

1914. Conséquences de cette distinction et de cette assimilation.

1915. Le détournement des objets saisis est punissable lors même que la saisie n'a pas été signifiée, s'il est constant que le saisi l'a connue.

1916. Mais il n'est punissable que lorsqu'il est frauduleux.

1917. Application de l'art. 400 à tous les actes qui mettent des objets sous la main de l'autorité publique pour assurer l'exécution de certaines obligations.

1918. Examen du cinquième paragraphe de l'art. 400, relatif au détournement de l'objet mis en gage par le débiteur.

1919. Motifs de cette disposition et limites où elle doit être circonscrite.

1920. Des complices du détournement des objets saisis.

1921. Distinction entre les complices et les tiers qui coopèrent au détournement dans un autre intérêt que celui du saisi.

1882. Nous avons achevé de parcourir la série des crimes et délits *contre les personnes*.

Une nouvelle classe d'offenses se présente à notre examen : les attentats *contre les propriétés*. Nous continuerons de suivre le Code dans la classification qu'il a faite de ces offenses, bien

qu'il ait été lui-même quelquefois infidèle à la division qu'il s'est tracée.

La propriété est la base essentielle de toute société, elle en est le lien et la force; elle est l'élément de la civilisation et de l'ordre. La loi civile lui impose des règles et des limites; mais elle lui doit protection contre les attaques dont elle peut être l'objet, car en la défendant elle défend la société elle-même.

Ces attaques sont de plusieurs espèces : les choses que nous possédons peuvent être soustraites par la fraude, enlevées par la violence, détruites par l'imprudence ou la méchanceté. De là plusieurs classes d'infractions qui se modifient, se subdivisent, se combinent entre elles, et présentent des nuances nombreuses et diverses, suivant le but que s'est proposé l'agent, suivant les moyens qu'il a mis en œuvre pour l'atteindre.

Le Code a réparti ces infractions dans trois sections qui comprennent : la première, les *vols ;* la deuxième, les *banqueroutes*, les *escroqueries* et les autres *fraudes ;* la troisième, les *destructions*, les *dégradations* et les *dommages*.

Les *vols* forment la classe la plus nombreuse des attentats contre les propriétés, et leur incrimination a soulevé des questions graves et multipliées. Le législateur a déterminé les différents degrés de la pénalité d'après la nature des moyens employés pour leur perpétration, la gravité du trouble que ces moyens font éprouver à l'ordre, le caractère de dépravation et d'audace qu'ils révèlent. Nous examinerons successivement chacune des causes d'aggravation de ce délit.

1883. Mais l'ordre méthodique des matières nous impose un premier travail. Le Code pénal a défini le vol avant de s'occuper des diverses qualifications qu'il subit; nous suivrons la même marche, car il importe de bien fixer les caractères élémentaires du délit, avant d'examiner les faits qui le modifient et l'aggravent. Nous allons donc considérer le vol en lui-même, et isolé de toute circonstance relative au mode de sa perpétration; nous allons l'examiner dans ses éléments essentiels, et fixer les conditions constitutives de ce délit. Tel sera l'objet de ce chapitre.

Le vol, puni par toutes les législations, n'a pas été incriminé comme délit avec des caractères toujours identiques. Le

droit canonique comprenait sous cette expression toute usurpation de la propriété d'autrui : *Furti nomine benè intelligitur omnis illicita usurpatio rei alienæ*[1]. Le *Digeste* et les *Institutes* avaient recueilli cette définition moins absolue et plus exacte du jurisconsulte Paul : *Furtum est contrectatio fraudulosa, lucri faciendi causâ, vel ipsius rei, vel etiam usûs ejus, possessionisve*[2]. Nous verrons plus loin, toutefois, que cette définition, quoiqu'elle pose avec précision les deux caractères principaux du vol, *contrectatio fraudulosa*, s'égare ensuite, soit en établissant comme but du vol une pensée de lucre, soit en étendant le délit au simple abus de l'usage et de la possession.

Le même jurisconsulte Paul avait écrit dans ses *Sentences* une autre définition plus précise et plus vraie : *Fur est qui dolo malo rem alienam contrectat*[3]. Cette règle qui établit fidèlement les trois éléments essentiels du vol, rejetée par Justinien, demeura longtemps sans autorité : la définition des Pandectes, longuement développée par les docteurs, était devenue un principe de notre ancien droit[4]. Cependant la jurisprudence était peu à peu arrivée à la modifier sur un point : « Dans nos mœurs, dit Jousse, nous n'admettons pas d'autre larcin que celui qui se fait de la chose même, pour se l'approprier[5]. » Le larcin d'usage était tombé en désuétude. Cette jurisprudence a été suivie : la plupart des législations modernes ont adopté cette restriction[6], et la deuxième définition de Paul a été presque universellement reprise comme énonçant la véritable règle de la matière.

1884. L'art. 379 du Code pénal n'a fait que la traduire fidèlement en ces termes : « Quiconque a soustrait frauduleusement une chose qui ne lui appartient pas est coupable de vol. »

[1] Corp. jur. can. pars sec., causa 14, quæst. 5, § 13.

[2] L. 1, § 3, Dig. de furtis.

[3] Pauli Sententiæ rec. tit. 31, de furtis, num. 1.

[4] Julius Clarus, § Furtum, num. 1 ; Farinacius, de furtis, quæst. 165, num. 5; Muyart de Vouglans, p. 280 ; Jousse, t. 4, p. 166.

[5] Tome 4, p. 178. De Serres, Inst. du droit français, liv. 4, tit. 1er, § 6.

[6] Code d'Autriche, art. 151 ; Code of the state of Louisiana, art. 645 ; Stephen's Summary, ch. 15, § 1er ; ancien Code prussien, art. 1108.

Il résulte de cette définition que trois conditions sont nécessaires pour l'existence du délit ; il faut qu'il y ait soustraction d'une chose quelconque, que cette soustraction soit frauduleuse, enfin que la chose soustraite appartienne à autrui.

Nous allons développer successivement ces trois éléments du vol. Nous en ferons ensuite l'application à quelques hypothèses.

§ Ier — *Soustraction.*

1885. Le premier élément du vol est la soustraction, l'enlèvement, *contrectatio.*

La seule pensée du vol, le projet, les préparatifs ne suffisent pas : *sola cogitatio furti faciendi non facit furem*[1] ; il est nécessaire que l'agent ait mis la main sur la chose qu'il convoite, qu'il l'ait saisie, qu'il l'ait enlevée : *Furtum sine contrectatione fieri non potest, nec animo furtum admittitur*[2]. Il ne faut même pas voir d'exception à cette règle dans les cas de tentative et dans ceux de vol avec violence : car, dans la première hypothèse, par une sorte de présomption de la loi, le crime est réputé accompli ; et dans la seconde, c'est la violence, plus encore que le vol, que la loi punit.

Que faut-il entendre par *soustraction?* Est-ce la simple appréhension, *le maniement*, suivant l'expression de Merlin[3], de la chose volée? Est-ce le déplacement, l'enlèvement de cette chose? *Furtum ab auferendo*, disent les *Institutes*[4]; cependant la loi romaine ne pouvait attribuer à ce terme un sens aussi absolu, car c'était un vol que de détourner de sa destination une chose prêtée ou déposée. Or, dans ce cas, il y avait bien maniement, appréhension, mais il n'y avait pas enlèvement. C'est aussi la distinction que font les *Institutes*: *Furtum fit; non solùm cùm quis, intercipiendi causâ, rem alienam amovet, sed generaliter cùm quis alienam rem invito domino*

[1] L. 1, § 1, Dig. de furtis.

[2] Paulus, in l. 3, § 18, Dig. de acq. vel. amitt. poss., l. 52, § 19, Dig. de furtis; Farin., quæst. 174, num. 3.

[3] Répert., v° Vol.

[4] Inst. § 2, de oblig. quæ ex delicto nascuntur.

contrectat[1]. Les interprètes du droit romain ont donc dû poser ce principe, que le maniement de la chose, même non suivi de son déplacement, suffisait pour la consommation du délit : *Ad furti crimen contrahendum non esse necesse ut res auferatur; sufficere eam dolo malo contrectari*[2].

Mais, dans notre droit actuel, il est nécessaire que la chose ait été enlevée : « Il n'y a point de vol, dit, Jousse, tant qu'il n'y a point d'enlèvement de la chose volée, quand même on aurait commencé à mettre la main sur cette chose, sans la déplacer[3]. » Notre Code a confirmé cette règle, il exige que la chose ait été soustraite; or, comment opérer cette soustraction sans la déplacer? Le vol n'est d'ailleurs véritablement accompli que par l'enlèvement, *contrectare est loco movere*; jusqu'à ce dernier acte, le délit n'est encore qu'un projet dont l'agent pourrait se désister : il a mis la main sur l'objet, mais ce maniement n'est qu'un signe incertain de la volonté; le doute cesse aussitôt que la chose est enlevée; le délit est consommé.

1886. Cette interprétation est confirmée par la jurisprudence de la Cour de cassation. On lit, en effet, dans l'un des arrêts de cette Cour : « qu'il ne peut y avoir lieu à application des lois pénales sur le vol, qu'autant que la chose enlevée à autrui a été soustraite, c'est-à-dire, *appréhendée* contre le gré du propriétaire[4]. » Un deuxième arrêt porte : « qu'il n'y a de vol dans le sens de la loi que lorsque la chose objet du délit *passe de la possession* du légitime détenteur dans celle de l'auteur du délit, à l'insu ou contre le gré du premier; que pour soustraire, il faut *prendre, enlever, ravir*[5]. » Un troisième arrêt reconnaît « qu'il faut que la chose volée ait été *appréhendée* par le voleur et soit *sortie de la possession* du légitime propriétaire[6]. »

Enfin, un arrêt, rendu à notre rapport, a cassé un arrêt de la Cour de Besançon : « attendu que la soustraction, qui est

1 Eod. loc., § 6; Gaïus, Instit., l. 3, § 195.
2 Mathœus, ad Dig. de furtis, num. 2.
3 Tome 4, p. 166.
4 Cass., 20 nov. 1835, Bull. n. 435.
5 Cass., 18 nov. 1837, S.38.1.366.
6 Cass., 14 sept. 1839, Bull. n. 380, S.40.1.550.

l'un des éléments constitutifs du délit de vol, n'existe que lorsque la chose soustraite a été appréhendée contre le gré du propriétaire; qu'il n'y a donc pas de soustraction, dans le sens précis et légal de ce mot, dans le cas où la chose a été remise volontairement par le propriétaire à la personne inculpée; qu'il importe que cette remise n'ait été que momentanée et faite sans la condition implicite d'une restitution immédiate, puisqu'une remise volontaire de la chose, quelle que soit sa durée, exclut nécessairement le fait de la soustraction; que le fait imputé à l'inculpé n'est plus dans ce cas qu'une rétention qui, même frauduleuse, diffère essentiellement de la soustraction; et attendu que le jugement constate que Dotte, qui avait soupé dans une auberge en compagnie de Prost, ayant sorti de son porte-monnaie une pièce de 2 fr. pour payer son écot, et une pièce de 20 fr., montra cette dernière pièce à Prost et la lui laissa tenir, pour qu'il pût l'examiner à son aise; que, l'ayant réclamée après avoir payé sa part de dépense, Prost, qui en était toujours détenteur, annonça d'abord l'intention de la rendre, mais qu'en définitive il s'y refusa en disant qu'elle n'appartenait point à Dotte; et que l'arrêt attaqué déclare que ces faits sont exactement rapportés et que ce n'est qu'en les appréciant qu'il ajoute que jamais Dotte n'a consenti à se dessaisir de la possession de la pièce d'or que Prost avait désiré examiner; qu'il ne la lui a pas abandonnée même temporairement; qu'il s'est borné à une simple remise sous ses yeux et sous la condition implicite d'une restitution immédiate; que cette appréciation, qui reconnaît et confirme le fait de la remise volontaire, conduit l'arrêt à donner à la soustraction un sens contraire à son sens légal, puisqu'il la fait consister dans le seul fait de la rétention de la chose enlevée; d'où il suit qu'il a méconnu et par suite violé l'art. 379 [1].

1887. Ce principe a été fréquemment appliqué au cas, analogue à cette dernière espèce, où une chose, remise par erreur, a été ensuite frauduleusement enlevée. Un individu était poursuivi pour avoir appliqué à son profit des effets de commerce appartenant à autrui et qui lui étaient parvenus par la poste

[1] Cass., 7 janv. 1864, Bull. n. 5; et conf. Cass., 6 août 1867, Bull. n. 180.

par suite d'une erreur commise dans l'adresse de la lettre d'envoi. Il a été jugé qu'il n'y avait pas là vol, « attendu que le mot *soustraire* emporte l'idée d'une appréhension, d'un déplacement qui doit être le fait du coupable ; que l'art. 379 n'est point applicable à celui qui reçoit la chose ou à qui la chose est remise, et qui ensuite, dans un esprit de fraude, la retient et en dispose[1]. » Dans une autre espèce, un individu avait reçu par erreur un billet de banque de 500 fr. au lieu d'un billet de 100. Il a encore été jugé « que la soustraction, selon le sens précis et légal du mot, ne saurait exister là où la chose a été remise volontairement par le propriétaire à la personne inculpée ; qu'il importe peu que cette remise ait été le résultat d'une erreur et que l'inculpé ait sciemment et volontairement profité de cette erreur ; qu'il importe peu encore que cette erreur ait été découverte par cet inculpé à une époque plus ou moins rapprochée de la remise effectuée, et qu'il soit constaté, en outre, que la fraude a commencé à l'instant même de la découverte ; qu'en effet, la remise volontaire étant péremptoirement exclusive du fait même de soustraction, il s'ensuit que toutes les circonstances ultérieures, quels qu'en soient le caractère, la date et la moralité, ne peuvent point réagir contre cette remise pour en détruire la portée ou en modifier les effets[2]. » D'autres arrêts encore, dans des espèces analogues, ont refusé d'y voir le caractère du vol, « attendu que la soustraction emporte l'idée de l'appréhension et non de la réception d'un objet ; que la fraude et la mauvaise foi qui accompagnent un fait autre que celui de la soustraction ne suffisent pas pour constituer le vol[3]. » Et encore, « attendu que la soustraction consiste dans l'enlèvement d'une chose qui se trouvait en dehors de la détention de l'inculpé au moment où elle s'opère ; que la simple rétention, même frauduleuse, ne suffit pas[4] ». Et enfin, dans une espèce où le créancier ayant reçu par erreur un billet de 100 fr. quand le débiteur ne croyait lui remettre qu'un billet de 50 fr.,

[1] Cass., 2 mai 1845, Bull. n. 158 ; 1er mars 1850, Bull. n. 75.
[2] Cass., 9 juill. 1853, Bull. n. 351.
[3] Cass., 31 janv. et 22 mai 1856, Bull. n. 39 et 188.
[4] Cass., 5 janv. 1861, Bull. n. 5.

l'avait gardé et se l'était frauduleusement approprié, il a été reconnu que cette fraude ne constituait pas un vol : « attendu, que le mot *soustraire* emporte l'idée d'une appréhension, d'un enlèvement qui doit être le fait du coupable ; que l'art. 379 n'est donc pas applicable à celui qui reçoit la chose ou à qui la chose est remise et qui ensuite, dans un esprit de fraude, la détient ou en dispose au préjudice du légitime propriétaire ; que le fait imputé à l'inculpé n'est plus dans ce cas qu'une rétention[1].

1888. Ce principe ne doit pas être considéré comme ayant fléchi dans quelques hypothèses où la soustraction est accompagnée d'une sorte de fraude qui la prépare et la rend moins apparente, mais qui ne l'exclut nullement. Dans une espèce où il était constaté qu'après avoir surpris à un tiers, pendant qu'il était privé de toute raison et de toute volonté, la signature de billets pour une valeur de 3,000 fr., les prévenus s'en étaient emparés frauduleusement, la Cour de cassation n'a pas hésité à déclarer qu'il y avait vol[2] : le délit résultait, en effet, non de la fraude qui avait surpris les billets, mais de la soustraction de ces mêmes billets qui constituaient une valeur réelle. Il était constaté dans une autre espèce qu'un individu ayant trouvé un billet de banque et l'ayant présenté à un tiers, en lui demandant si cet objet avait une valeur quelconque, celui-ci s'en était emparé avec l'intention de se l'approprier au préjudice du véritable propriétaire : il a été reconnu que cet acte constituait un vol, puisque les faits excluant l'idée d'une remise volontaire du billet constituaient une soustraction[3]. Dans une autre espèce, le prévenu, quoiqu'il fût certain qu'il n'avait remis qu'un seul sac d'argent à la garde d'un aubergiste, s'était emparé de deux sacs qui lui avaient été présentés par celui-ci pour qu'il reprît celui qui lui appartenait, et les avait furtivement enlevés : il a été jugé « que ces faits constituent la soustraction frauduleuse de la chose d'autrui, commise par l'enlèvement de cette chose à l'insu et contre le gré de celui qui en était gardien[4]. » Un

1 Cass., 2 déc. 1871, Bull. n. 171.
2 Cass., 14 oct. 1842, Bull. n. 280.
3 Cass., 28 mars 1846, Journ. du dr. crim., t. 19, p. 121.
4 Cass., 29 mai 1846, Journ. du dr. crim., t. 19, p. 122.

autre jugement déclarait qu'au moment où un créancier présentait un billet à son débiteur pour en être payé, celui-ci s'en était emparé et l'avait soustrait. Il est évident que la communication du titre n'avait point été faite à titre de remise volontaire, et que dès lors il y avait eu soustraction[1]. Enfin, il était constaté par un arrêt qu'un individu ayant vendu au prévenu un sac de blé à raison de 30 fr. les deux hectolitres et sous la condition qu'avant paiement le blé devait être mesuré, le vendeur comptant sur un excédant de quelques litres dans le sac, le prévenu avait subrepticement et après avoir momentanément éloigné le vendeur, détourné et placé dans un autre sac à lui appartenant une partie du blé vendu, dans le but de le soustraire au mesurage qui devait avoir lieu; il a été décidé qu'un tel fait réunit tous les caractères de la soustraction frauduleuse[2]. On voit que, dans toutes ces espèces, la question portait sur l'existence même du fait de la soustraction. Cet élément, qui ne peut être remplacé par aucun acte équivalent, semblait se confondre avec la manœuvre frauduleuse qui l'avait préparé : les arrêts qui viennent d'être cités ont eu pour objet de le dégager avec clarté ; ils viennent donc encore fortifier notre principe, loin de lui porter aucune atteinte.

1889. Au reste, cette distinction se trouve nettement établie dans un arrêt, rendu à notre rapport, et qui porte : « que s'il n'y a pas soustraction et par conséquent vol, dans le sens de l'art. 379, lorsque la chose enlevée avait été remise, même momentanément, mais volontairement, par le propriétaire à celui qui s'en est emparé pour se l'approprier, il en est autrement lorsque la remise est nécessaire et forcée, telle que la communication au débiteur du billet ou de la quittance qu'il vient acquitter; que dans ce cas en effet le possesseur du titre ne s'en dessaisit pas; qu'il ne fait que le placer sous les yeux du débiteur; que cette communication est souvent indispensable à l'exécution du paiement, et qu'il n'en résulte aucune faute qui soit imputable à ce possesseur; que par conséquent le débiteur

[1] Cass., 31 mars 1855, Bull. n. 115.
[2] Cass., 24 mars 1860, Bull. n. 84.

qui se saisit du billet ou de la quittance et qui l'enlève, commet une véritable soustraction[1]. »

1890. Ce principe posé, on doit en déduire plusieurs conséquences.

Il est évident, en premier lieu, que le vol ne peut frapper que les choses mobilières ; en effet, la soustraction, l'enlèvement d'une chose suppose nécessairement que cette chose peut être transportée d'un lieu à un autre. Les Institutes, en énonçant cette règle, attestent qu'elle ne fut pas toujours observée : *Abolita est quorumdam veterum sententia, existimantium etiam fundi locive furtum fieri*[2]. Mais la loi romaine restreint le vol aux meubles : *Verum est quod plerique probant, fundi furti agi non posse*[3] ; et la Glose en formule clairement la maxime : *Furtum non committitur in rebus immobilibus*[4]. Si les immeubles sont l'objet d'une occupation frauduleuse ou violente, ce n'est point un vol, c'est une usurpation ; et ce délit est susceptible d'une qualification et d'une peine différentes, suivant qu'il se commet par force ouverte, par rébellion à justice, par déplacement de bornes ou par fabrication de faux titres.

1891. Cette règle a été implicitement, mais très-nettement reconnue dans une espèce où la soustraction s'était appliquée, non à une portion du sol, mais à des sables et graviers détachés de ce sol. Deux individus étaient prévenus d'avoir extrait et enlevé d'un terrain d'alluvion dépendant d'un pré appartenant à autrui, des sables et des graviers. La chambre correctionnelle de la Cour de Bourges s'était déclarée incompétente par le motif que ce fait ne constituait ni délit ni contravention. Cet arrêt a été cassé : « attendu que cette Cour s'est fondée sur ce que l'art. 379, ne pouvant s'appliquer qu'à la soustraction de choses mobilières de leur nature, au moment où l'on s'en est emparé, le fait imputé aux défendeurs ne constituait qu'un simple dommage aux champs réparable par la voie ci-

[1] Cass., 11 janv. 1867, Bull. n. 5.
[2] L. 2, t. 6, de usucapionibus, § 7.
[3] L. 25, Dig. de furtis.
[4] Glossa in l. 25, Dig. de furtis; Damhouderius, Pract. crim., tit. 112, n. 8.

vile; qu'une telle interprétation de cet article ne serait pas moins contraire à son texte qu'à son esprit, et qu'elle aurait pour conséquence de diminuer les garanties accordées à la propriété; que les choses mobilisées, il est vrai, peuvent seules être l'objet d'un vol, puisque le vol n'existe qu'autant que la chose soustraite a été appréhendée par le voleur et qu'elle est ainsi sortie de la possession du légitime propriétaire; mais qu'il faut reconnaître avec le législateur, qu'alors que la chose soustraite a été détachée de l'immeuble dont elle faisait partie, elle est devenue meuble et susceptible de donner lieu à l'application de la loi pénale; en effet, les art. 388, 479, n° 12, C. pén., et 144 C. for., punissent les vols et enlèvements de diverses productions utiles de la terre déjà détachées du sol ou y tenant encore au moment où elles sont soustraites [1]. »

1892. Il faut décider, par la même raison, que le vol ne peut avoir pour objet une chose incorporelle, un droit. En effet, la contrectation est un acte physique; elle ne peut s'exercer que sur un objet matériel. « Ainsi, dit M. Merlin, que mon débiteur m'enlève frauduleusement un acte sous seing privé par lequel il a reconnu ma créance, sur quoi s'exerce la *contrectation?* Ce n'est pas sur ma créance, elle n'en est pas susceptible; c'est uniquement sur mon titre, qui est bien une chose corporelle [2]. » Les choses incorporelles ne peuvent être transmises par la tradition; elles ne peuvent donc être enlevées et soustraites : *Res incorporales nec tradi nec possideri possunt, itâ contrectari nec auferri* [3].

1893. Une autre conséquence du même principe est que les diverses fraudes qui ont pour but de s'emparer des choses d'autrui ne peuvent être rangées dans la classe des vols, dès qu'elles se commettent par un autre mode que par la *soustraction* de ces choses.

Nous en avons vu un premier exemple en ce qui concerne les vols d'usage ou de possession. La loi romaine déclarait cou-

[1] Cass., 1er juill. 1864, Bull. n. 169.
[2] Quæst, de droit, v° Vol, § 4.
[3] Damhouderius, cap. 112, num. 13; l. 43, § 1, Dig. de acquirendo rerum dominio.

pables de vol : le créancier qui, à l'insu de son débiteur, appliquait à son usage personnel l'effet qu'il avait reçu en nantissement; le dépositaire qui se servait de l'objet qui lui avait été remis en dépôt; le commodataire qui appliquait la chose prêtée à d'autres usages qu'à ceux auxquels elle était destinée. *Sive creditor pignore, sive is apud quem res deposita est, eâ re utatur; sive is qui rem utendam accepit, in alium usum eam transferat quàm cujus gratiâ ei data est, furtum committit*[1]. Cette incrimination, déjà tombée en désuétude dans l'ancien droit, serait aujourd'hui contraire aux principes de la matière. Le vol ne se commet que par la soustraction, l'enlèvement de la chose : or l'usage abusif d'une chose déposée ou prêtée suppose une possession antérieure et régulière; cette possession repousse virtuellement l'idée de la soustraction; le dépositaire et l'emprunteur sont responsables parce qu'ils ont violé la loi du contrat; mais, lors même que la perte de la chose serait le résultat de cette violation, ils ne sont pas coupables de vol.

Cette décision a été consacrée par un arrêt de la Cour de Bordeaux, qui reconnaît que le fait d'avoir vendu des objets prêtés ou loués ne constitue point un vol : cet arrêt se fonde sur ce que, « à l'égard des outils de jardinage prêtés au prévenu et que celui-ci n'a jamais rétablis, cette action, quoique fort immorale sans aucun doute, ne constitue point un vol, mais un simple commodat; que le plaignant a livré lui-même ses outils au prévenu, d'où suit qu'il n'y a pas eu de soustraction et conséquemment pas de vol; que l'inexécution du contrat ouvre une action en dommages-intérêts, mais ne saurait transformer en soustraction frauduleuse la remise libre et volontaire de la chose demandée à titre de prêt; et à l'égard du cheval loué par le prévenu, qu'il n'y a pas non plus de vol dans le fait incriminé, parce que le plaignant a volontairement livré son cheval, et que, dès lors on cherche vainement la soustraction frauduleuse sans laquelle on ne conçoit pas de vol[2]. » Il faut décider encore que le détournement fait par le débiteur ou

[1] Inst. de oblig. quæ ex del. nasc., § 6.

[2] Arr. Bordeaux, 3 fév. 1831, Journ. du dr. crim., t. 3, p. 115; et conf. Cass., 25 août 1853, Bull. n. 423.

en son nom de la chose par lui donnée en gage n'est point un vol, « attendu que le nantissement ne transfère pas au créancier la propriété de la chose qui en fait l'objet ; que cette chose continue d'être la propriété du débiteur qui l'a remise en gage [1]. »

1894. Il importe de noter à ce sujet que la règle du droit civil qui prohibe la preuve testimoniale pour établir l'existence des conventions, et qui s'oppose à la poursuite des délits de violation de dépôt et d'abus de mandat, quand le dépôt et le mandat ne sont pas prouvés par écrit, ne s'applique jamais en matière de vol, puisque le vol est un acte de violence, et par conséquent un fait de force majeure qui permet tous les genres de preuve. C'est ce qui a été reconnu par un arrêt qui déclare « que la prohibition de l'art. 1341 du Code civil reçoit exception, aux termes de l'art. 1348, toutes les fois qu'il n'a pas été possible au créancier de se procurer une preuve littérale de l'obligation qu'il réclame, et notamment dans le cas de perte de titre par suite d'un événement fortuit, imprévu et de force majeure ; qu'on ne saurait opposer le principe qui subordonne l'admissibilité de la preuve par témoins à la production d'une preuve écrite ou d'un commencement de preuve par écrit, au plaignant qui demande à prouver que la perte du titre a été le résultat d'un vol, et que dès lors il n'aurait pu ni prévoir ni prévenir le préjudice qui fait l'objet de sa plainte [2]. »

1895. En matière de dépôt, il faut distinguer si la chose a été remise à titre de dépôt et confiée à la foi du prévenu, ou si elle a été déposée seulement dans sa demeure, mais en la renfermant dans un meuble dont la clef ne lui aurait pas été donnée. Dans la première hypothèse, l'appréhension et le détournement de cette chose peuvent constituer une violation de dépôt, mais ne constituent point un vol ; car le prévenu en avait la libre disposition, il n'a donc pu commettre la soustraction élémentaire de ce délit. Dans la seconde hypothèse, au contraire,

[1] Cass., 10 nov. 1855, Bull. n. 354 ; 31 mars 1855, Bull. n. 115 ; 25 août 1859, Bull. n. 212.

[2] Cass., 10 nov. 1855, Bull. n. 354 ; 31 mars 1855, Bull. n. 115 ; 10 nov. 1871, n. 148 ; 9 mars 1871, n. 36.

les objets n'ont point été confiés à la foi du prévenu ; renfermés dans un meuble, ils ont continué d'être dans la possession du propriétaire ; en s'en emparant, le prévenu a donc commis la soustraction constitutive du vol. Cette distinction, puisée dans la nature des deux actes, a été consacrée par la Cour de cassation [1].

1896. La jurisprudence offre plusieurs exemples de l'application de la même règle. Ainsi la Cour de cassation a reconnu que le créancier qui, après avoir reçu le paiement d'une somme d'argent, refuse d'en donner quittance et de l'imputer sur sa créance [2] ; que le débiteur qui, sous le prétexte de renouveler ses titres, se fait remettre les anciens en échange d'un nouveau qu'il n'a pas signé [3] ; que le contribuable qui représente en paiement de ses contributions une quittance qu'il a déjà produite [4], ne commettent point le délit de vol, parce que le dol et la fraude qui entachent ces différents actes ne peuvent remplacer la soustraction ; parce que l'argent, les titres échangés, la quittance des contributions, avaient été volontairement et librement remis à l'agent, et que, dès lors, l'élément du vol, l'enlèvement furtif de la chose, *contrectatio rei*, n'existait pas dans ces espèces.

Il faut encore décider que, lorsqu'à la suite de la rupture d'un projet de mariage, la future, sommée de restituer les présents qu'elle a reçus en vue du mariage, ne les restitue pas entièrement, la rétention même frauduleuse de ces objets ne peut donner lieu qu'à une action civile [5] ; et, dans une autre espèce, que le fait d'avoir gardé frauduleusement un billet, en feignant de le rendre après l'avoir déchiré, et d'en avoir ensuite exigé le paiement, ne constitue point un vol, parce que « le vol consiste à soustraire frauduleusement la chose d'autrui ; d'où il suit qu'il n'y a de vol, dans le sens de la loi, que lorsque la chose objet du délit passe de la possession du légitime déten-

[1] Cass., 19 avril 1838, Bull. n. 104, S.39.1.127 ; 25 sept. 1856, Bull. n. 323 ; 15 juill. 1865, Bull. n. 147.

[2] Cass., 25 sept. 1824, S.25.1.69.

[3] Cass., 9 sept. 1826, Bull. n. 180.

[4] Cass., 25 mars 1834, Bull. n. 45 ; S.7.428.

[5] Cass., 30 janv. 1829, Journ. du dr. crim., t. 3, p. 223.

teur dans celle de l'auteur du délit, à l'insu ou contre le gré du premier, et qu'il est reconnu que le prévenu n'a pris ou soustrait aucun des deux billets qu'il s'est fait remettre [1].

1897. Doit-on considérer comme une soustraction l'action de celui qui, ayant trouvé par hasard un objet appartenant à autrui, le retient frauduleusement ? Pour résoudre cette question, il faut poser deux hypothèses : ou l'intention frauduleuse de s'approprier l'objet trouvé s'est manifestée du moment même de la prise de possession, ou cette intention n'est née dans l'esprit de l'agent et ne s'est manifestée que postérieurement à cette mainmise.

Dans la première hypothèse, on décide généralement qu'il y a vol. La loi romaine renfermait sur ce point une disposition formelle : *Qui alienum quid jacens, lucri faciendi causâ, sustulit, furti obstringitur* [2]. Les auteurs ont suivi cette décision [3], et la jurisprudence s'y est également conformée. Ainsi la Cour de cassation a jugé : — que le domestique qui trouve dans la maison de son maître un bijou ou des valeurs perdus par une tierce personne, qui s'en empare avec l'intention d'en faire son profit et nie les avoir trouvés quand on les réclame, se rend coupable d'une soustraction frauduleuse [4] ; — que celui qui trouve une bourse dans un chemin, et qui nie l'avoir trouvée quand le propriétaire la réclame, commet également une soustraction [5] ; — que le même caractère appartient à l'action de celui qui s'empare d'un troupeau de moutons abandonné dans un champ à la foi publique, et qui, sur la réclamation du propriétaire, soutient mensongèrement les avoir achetés [6] ; — que le débiteur qui s'empare d'une quittance que le créancier a laissée chez lui par oubli, commet un vol s'il est constaté qu'il y a concomitance de l'appréhension et de la fraude [7].

Plusieurs Cours ont consacré la même doctrine ; nous ne ci-

[1] Cass., 18 nov. 1837, S.38.1.366.
[2] L. 43, § 4, Dig. de furtis.
[3] Farinacius, de furtis, quæst. 168, num. 63.
[4] Cass., 5 juin 1817, S.5.326, J.P.14.267 ; 7 sept. 1855, Bull. n. 316.
[5] Cass., 4 avril 1823, S.7.220, J.P.17.1012.
[6] Cass., 4 mars 1825, S.26.1.49.
[7] Cass., 15 mai 1863, Bull. n. 144.

terons qu'un seul de leurs arrêts. Un individu s'était rendu adjudicataire, dans une vente publique, d'une vieille armoire : en la démontant, il trouva dans une cachette une somme en or; le vendeur ayant appris cette découverte et ayant réclamé la somme, l'acheteur nia et fut poursuivi pour vol. La Cour de Lyon a confirmé le jugement qui le condamnait : « Attendu que lorsque le prévenu a découvert les objets que contenait le meuble, il n'a pas pu ignorer qu'ils n'étaient pas compris dans la vente qui lui avait été faite et qu'il devait les restituer; qu'au lieu de faire cette remise, il s'est empressé d'enlever les objets trouvés dans le meuble, et a recommandé le secret aux témoins de la découverte; que ces faits constituent une soustraction frauduleuse dans le sens de la loi [1]. »

1898. Il est certain, en effet, qu'il y a soustraction, dans le sens de l'art. 379, lorsque le prévenu s'est emparé, avec le dessein immédiat de se l'approprier, d'une chose qu'il a trouvée et qu'il sait appartenir à autrui. Le lieu où l'appréhension est commise n'exerce aucune influence sur le caractère de l'acte, et il importe peu, d'un autre côté, que l'agent ait connu à quelle personne la chose qu'il prend appartient : *Nihil ad furtum minuendum facit*, dit la loi romaine, *quod cujus sit ignoret;* et la Glose ajoute : *Furtum uti fiat non est necesse scire dominum ipsum rei, sed sufficit sciat rem esse alterius.* La soustraction est l'acte matériel d'enlever un objet, de s'en emparer : or, cet acte s'exerce aussi bien sur un objet trouvé que sur celui qui est resté dans les mains de son propriétaire ; l'intention de l'agent est difficile à déterminer, mais le fait matériel a dans les deux cas le même caractère.

Et toutefois, il faut le dire, si la soustraction frauduleuse d'un objet trouvé doit être punie comme le vol de cet objet, si la loi n'a point distingué, il est difficile qu'au point de vue moral une telle distinction ne soit pas faite. Celui qui soustrait la chose qu'il a trouvée a été séduit, pour ainsi dire, par l'occasion; loin d'avoir préparé le délit, il n'est coupable que de l'avoir pas re poussé; il a pu se persuader que le propriétaire

[1] Arr. Lyon, 17 janv. 1828, S.28.2.199; V. aussi arr. Nimes 16 juin 1819, S.197.2.29 ; Grenoble, 2 juin 1823, S.26.2.2.

avait abandonné sa chose ; ne le connaissant pas, il n'a pas cru commettre un vol, et, s'il l'a connu plus tard, il ne pouvait plus révéler son action sans laisser soupçonner son intention. Comment assimiler cet agent, coupable sans doute, mais à un degré inférieur, à celui qui a conçu l'audacieuse pensée d'un vol, qui a préparé le crime et a su l'exécuter? Ces deux actions sont séparées par tout l'intervalle qui s'étend entre le délit prémédité et celui qui est commis sans préméditation ; elles sont séparées surtout par la criminalité que suppose l'exécution du vol, et qui ne se manifeste point dans la simple rétention d'un objet trouvé. Enfin, ne doit-on pas reconnaître que plus les délits peuvent avoir des conséquences fâcheuses, plus il faut les réprimer sévèrement ? Or, un vol peut conduire à des actes de violence, il jette dans tous les cas un juste effroi dans la société ; tandis qu'aucun effet semblable ne résulte de la dénégation faite par celui qui a trouvé un objet, de la possession de cet objet. Ainsi, le vol et le recel d'un objet trouvé sont deux faits distincts, injustement confondus par la loi pénale.

1899. La deuxième hypothèse est celle où l'agent a ramassé l'objet sans aucune intention de se l'approprier, mais où cette intention est née ultérieurement et s'est manifestée par le refus de le restituer. La loi romaine ne semblait pas reconnaître de vol dans ce fait : *Si jacens tamen tulit, non ut lucretur, sed redditurus ei cujus fecit, non tenetur furti*[1]; et Farinacius dit également : *Furti non tenetur qui rem in viâ accepit animo restituendi eam domino quandocumquè apparuerit*[2]. A la vérité, cet auteur et le Digeste lui-même ne prévoient pas le cas d'un changement ultérieur de volonté ; mais ce changement pouvait-il remplacer *la contrectation* constitutive du vol ? Il paraît que l'ancienne jurisprudence, qui ne s'attachait pas à une déduction rigoureuse des principes du droit, avait admis cette assimilation[3]. La coutume de Bretagne contenait même à cet égard un texte formel ; son art. 629 portait : « *Si aucun trouve argent ou autre chose à autrui appartenant, et il en-*

[1] L. 43, § 5, Dig. de furtis.
[2] De furtis, quæst. 168, num. 64.
[3] Jousse, t. 4, p. 172.

tend ou sait qu'on le demande, et depuis il le cèle et retient, justice le doit punir comme larron. »

Il est évident que cette hypothèse diffère complétement de la première. La chose a été recueillie avec la pensée de la restituer; il n'y a donc pas eu de fraude au moment de l'appréhension, il n'y a donc pas eu de soustraction. A la vérité, la pensée de s'approprier cette chose est née plus tard dans l'esprit de l'agent ; mais à ce moment il ne pouvait plus soustraire, puisqu'il était possesseur, et l'acte par lequel sa possession avait commencé étant consommé, ne peut recevoir un caractère nouveau d'un fait postérieur à sa perpétration. Si cet acte n'était pas une soustraction lorsqu'il a été commis, il ne peut le devenir par cela seul que postérieurement son auteur a eu la pensée de soustraire. Cette pensée n'est plus qu'une fraude isolée de tout fait matériel, et qui échappe dès lors à l'incrimination de la loi. Le hasard a constitué, en quelque sorte, l'agent dépositaire de la chose trouvée ; en la recueillant, il a accepté ce contrat; s'il l'enfreint, il commet une violation de dépôt, il ne commet pas un vol.

Trois arrêts de la Cour de cassation ont consacré cette distinction. Dans le premier, la Cour se borne à reconnaître « qu'il est formellement déclaré que, lors de l'enlèvement de l'argent caché dans le bois, la soustraction n'en avait pas été frauduleuse, et que l'intention de retenir et de s'approprier ladite somme ne s'était manifestée que par des faits postérieurs à l'enlèvement ; qu'ainsi il y a eu fausse application de l'article 379, et, par suite de l'art. 401 du Code pénal[1]. » Le deuxième arrêt est beaucoup plus explicite ; il déclare formellement « qu'il résultait de la déclaration du jury que l'accusé n'était pas coupable de la soustraction frauduleuse dont il était accusé, et que, s'il avait eu l'intention de s'approprier, au préjudice des propriétaires, les objets par lui trouvés sur un chemin public, il n'avait conçu cette intention qu'après avoir déposé les objets dans son domicile; qu'il n'y a vol ou soustraction frauduleuse de la chose d'autrui qu'autant que la fraude, c'est-à-dire l'intention de faire son profit au préjudice d'au-

[1] Cass., 2 août 1816, S.5.223 ; J.P.13.577.

trui, accompagne la soustraction; que si cette intention peut, suivant les circonstances, être manifestée par des actes postérieurs, elle n'en doit pas moins, pour constituer un vol, se rattacher au fait et remonter au moment même de la soustraction; mais que, dans l'espèce, les jurés ayant formellement déclaré que l'intention de s'approprier les objets trouvés n'avait été conçue par l'accusé qu'à une époque postérieure à leur enlèvement sur le chemin public, il s'ensuivait que cet enlèvement n'avait pas été frauduleux; que le fait immoral dont l'accusé était déclaré coupable ne constituait pas un délit punissable par l'application d'une loi pénale, et qu'il y avait lieu par la Cour d'assises à le renvoyer absous[1]. » Enfin un dernier arrêt déclare encore « que la rétention frauduleuse ne constitue pas nécessairement le vol; que, pour qu'elle ait ce caractère, il faut premièrement que la chose retenue ait été non remise volontairement au prévenu, mais soustraite par lui; secondement, que la fraude, bien qu'elle ait pu n'être révélée que par des actes postérieurs, ait existé au moment de la soustraction, et s'identifie avec elle[2]. »

1900. Toutefois, il faut le reconnaître, si cette distinction résout la question en droit, elle la résout fort imparfaitement en fait. Comment constater si l'intention de s'emparer de la chose trouvée a été conçue par l'agent au moment même où il la prenait, ou s'il ne l'a conçue que postérieurement? Il faut décider, pour éviter cette difficulté, que la moralité de la soustraction doit être appréciée d'après les faits qui l'ont immédiatement suivie; ainsi, lorsque la personne qui a trouvé l'objet connaît son propriétaire et cependant garde le silence, lorsque ensuite elle nie l'avoir trouvé et cherche en secret à le vendre, il résulte de ces faits qu'elle a eu, au moment même de l'appréhension, l'intention de s'approprier cet objet, que dès lors il y a eu soustraction frauduleuse[3]. Mais la Cour de cassation, en adoptant cette règle, en a conclu que l'appréhen-

[1] Cass., 2 sept. 1830, Journ. du dr. crim., t. 2, p. 344.

[2] Cass., 26 mars 1836, Bull. n. 99; et dans ce sens, Bourguignon, Jurisp. des Codes crim., t. 3, p. 360; Carnot, Comment. du Code pénal, t. 2, p. 250; Legraverend, Législat. crim., t. 2, p. 129.

[3] Cass., 5 juin 1817, S.5.326; J.P.14.267.

sion, lorsqu'elle était suivie d'une rétention frauduleuse, était frauduleuse elle-même : un arrêt porte que l'enlèvement sur la voie publique d'une chose qui n'appartient pas à celui qui s'en empare et dont la propriété ne peut d'ailleurs s'acquérir par l'occupation, prend son caractère dans les faits et circonstances qui l'ont suivi ; que lorsque la chose étant réclamée par le propriétaire, celui qui s'en est emparé nie l'avoir enlevée, et manifeste ainsi l'intention d'en faire son profit, il commet une soustraction frauduleuse qui caractérise le vol, tel qu'il est défini par l'article 379[1]. Il est clair que la Cour de cassation a fait une fausse application de la règle qu'elle posait. Si la moralité de l'appréhension doit être appréciée d'après les faits qui l'ont suivie, c'est seulement lorsque ces faits jettent quelque jour sur l'intention de l'agent au moment de cette appréhension ; mais si elle constitue un acte distinct des actes qui l'ont suivie, elle n'en doit point nécessairement subir l'influence et prendre le caractère. Ainsi, le prévenu peut retenir frauduleusement la chose lorsqu'elle est réclamée, et ne l'avoir pas soustraite frauduleusement lorsqu'il l'a trouvée. La fraude de la rétention n'implique nullement celle de la soustraction : on ne peut arguer de l'un de ces actes à l'autre. Or, les faits qui suivent l'appréhension doivent servir à éclairer son caractère, mais ne peuvent être substitués à cet acte lui-même ; la rétention, quelque frauduleuse qu'elle soit, ne peut remplacer la soustraction. Il ne suffit donc pas de proclamer cette rétention entachée de fraude pour qu'il y ait vol ; il faut constater d'après les faits que la fraude a commencé au moment même de l'appréhension.

1901. Du principe que la soustraction est l'acte matériel qui consomme le vol, nous tirerons encore deux conséquences : la première c'est que, lorsque cet acte est consommé, le repentir du coupable et la restitution même immédiate qu'il ferait de la chose volée, ne feraient point disparaître le caractère criminel du vol. La loi romaine le décidait formellement : *Qui eâ mente alienum quid contrectavit ut lucri faceret : tametsi mutato consilio, id posteà domino reddidit, fur est ;*

[1] Cass., 4 avril 1823, S.7.220; J.P.17.101.23.

nemo enim tali peccato pœnitentiâ suâ nocens esse desiit[1]. Et en effet, la réparation du préjudice causé n'éteint que l'action civile ; l'action publique, qui a pour but la réparation du délit moral, s'exerce indépendamment du dommage matériel que ce délit a pu produire. Le repentir du coupable, attesté par la restitution, atténue sa culpabilité, mais ne l'efface pas entièrement : l'action répressive naît au moment même où le délit est accompli, et les actes postérieurs de l'agent ne sauraient arrêter son cours. La jurisprudence a plusieurs fois consacré cette doctrine[2]. Ajoutons cependant que, dans certains cas, si la restitution précède la poursuite et n'a pour cause que le repentir, cette poursuite peut sembler inutile et rigoureuse. Quel serait en effet son but ? De rassurer la société? Elle trouve des garanties suffisantes dans la réparation spontanée du coupable. D'intimider par l'exemple de la punition? Mais n'est-ce pas un exemple plus utile encore que celui de cet homme qui, après avoir failli, s'est immédiatement relevé, et faut-il le flétrir par un débat public, lorsqu'il s'efforcera peut-être de réagir par une conduite pure contre l'impression de sa faute?

La deuxième conséquence est que les actes subséquents par lesquels l'agent dispose de la chose volée ne doivent point être confondus avec le vol. Il a été jugé dans ce sens « que le délit de vol est consommé par la soustraction frauduleuse qui le constitue; d'où il suit qu'on ne peut voir de nouveaux vols dans les divers actes par lesquels le coupable dispose après le vol de la chose volée; que, dans l'espèce, le prévenu a été condamné à deux années d'emprisonnement pour le vol par lui commis; qu'en revenant, après l'expiration de sa peine, reprendre dans le lieu où il les avait cachés une partie des choses obtenues à l'aide de ce vol, il n'a pas commis un second vol et n'aurait pu être puni une seconde fois qu'en violation de la règle *non bis in idem*[3]. »

1902. Résumons ces observations. Le premier élément et le

[1] L. 65, Dig. de furtis; et contrà, Pauli Sentent., lib. 2, tit. 1, num. 34.

[2] Cass., 8 therm. an VIII, J.P.1.692 ; 6 sept. 1811, *ibid.*, t. 9, p. 629, S.1.348, 3.404 ; Paris, 15 oct. 1836, Journ. du dr. crim., t. 8, p. 260.

[3] Cass., 4 nov. 1848; Bull. n. 266.

caractère distinctif du vol est la *soustraction* ; ce délit consiste uniquement à *soustraire*[1]. Cette soustraction (*amotio de loco ad locum*) doit avoir pour effet de faire passer la chose de la possession du légitime détenteur dans celle de l'auteur du délit, à l'insu ou contre le gré du premier. Elle ne peut être remplacée par aucune circonstance équivalente. Si l'agent a reçu du détenteur lui-même, à quelque titre que ce soit, l'objet qu'il a dissipé, il commet un abus de confiance; s'il a détourné la chose qui lui avait été confiée, il se rend coupable d'une violation de dépôt; s'il s'est fait remettre des valeurs quelconques par ses manœuvres, il exécute une escroquerie : dans ces divers cas, la fraude est la même, le mode d'exécution de la spoliation diffère seul; c'est donc ce mode qui imprime au délit sa qualification. Or la soustraction est le mode spécial d'exécution du vol; sans elle, la fraude peut constituer un délit différent, mais elle ne peut revêtir la qualification du vol. *Furtum sine contrectatione non fit.*

§ II. — *Fraude.*

1903. Le deuxième élément du vol est l'intention criminelle, *consilium fraudis*, la fraude.

La loi romaine avait posé en principe qu'il n'y avait point de vol sans l'intention de voler : *Furtum sine affectu furandi non committitur*[2]. La définition de ce délit consacrait ce principe : *contrectatio fraudulosa;* et notre Code n'a fait que traduire ces mots, en exigeant que la soustraction soit *frauduleuse.* Ainsi, point de délit, lors même qu'il y aurait eu soustraction, si cette soustraction n'a point été accompagnée de fraude, si l'agent n'a pas eu l'intention de dépouiller autrui : *cum facto enim etiam animum furis furtum exigit*[3]. Et tous les jugements qui appliquent les peines du vol sans constater que la soustraction a été frauduleuse sont nécessairement entachés de nullité[4].

[1] Cass., 22 mai 1835, Dev. et Car., 1835.1.852, Journ. du dr. cr., t. 7, p. 188.

[2] Inst. § 7, de oblig. quæ ex del. nasc.; § 5, de usucapionibus; l. 46, § 7 et 77, Dig. de furtis.

[3] L. 41, § 1, Dig. ad legem Aquiliam; L. 52, Dig. de furtis.

[4] Cass., 12 déc. 1868, Bull. n. 246.

Ainsi, celui qui enlève sciemment une chose qu'il croit lui appartenir ne commet pas un vol, car, lors même qu'elle ne lui appartiendrait pas, il n'a pas l'intention de voler; son action est le résultat d'une erreur et non d'une fraude. Cette décision était consacrée par les *Institutes* : *Qui aliquo errore ductus rem suam esse existimans et imprudens juris eo animo rapuerit, absolvi debet*[1].

Ainsi, celui qui enlève sciemment une chose qu'il ne sait pas lui appartenir, mais en pensant agir avec l'assentiment du propriétaire, n'est pas non plus coupable de vol. Ulpien en donne nettement la raison : *Rectè dictum est qui putavit se domini voluntate rem attingere non esse furem. Quid enim dolo facit qui putat dominum consensurum fuisse, sive falsò id, sive verè putet? Is ergò solus fur est qui adtrectavit quod invito domino se facere scivit*[2].

Il en est de même à l'égard de celui qui, ayant trouvé un objet dans un chemin public, s'en saisit et le conserve avec l'intention de le restituer au propriétaire quand celui-ci le réclamera. Aucun dol n'accompagne son action ; elle ne peut dès lors prendre le caractère d'un délit[3].

1904. La Cour de cassation a appliqué la même décision à un individu qui avait enlevé une chose dont la propriété lui était contestée, avant que la justice eût statué sur le litige. Dans l'espèce, il s'agissait de la possession d'un champ de luzerne : l'une des parties contendantes ayant fauché ce champ, l'autre enleva la récolte pendant la nuit. Poursuivi pour vol, il fut condamné par le tribunal correctionnel ; mais ce jugement fut cassé, « attendu que, dans les circonstances particulières de cette affaire, l'enlèvement commis par le prévenu ne constituait qu'une simple voie de fait, et n'était par conséquent passible que d'une poursuite de simple police[4]. » Il est à remarquer que cette décision est motivée plutôt en fait qu'en droit;

[1] Inst. § 1, de vi bon. rapt.; § 5, de usucap.
[2] L. 46, § 7 et 76, Dig. de furtis.
[3] Cass., 5 juin 1817, 4 avril 1823 et 2 sept. 1830, cités *suprà*.
[4] Cass., 17 oct. 1806, S.2.298; J.P.5.516.

en effet, ce qui exclut le vol, c'est la bonne foi de l'agent, c'est que son action était exempte de fraude, c'est qu'il croyait enlever son propre bien; supposez que sa prétention fût mal fondée, qu'il le sût, et qu'avant le jugement il voulût s'emparer de l'objet contesté, le litige n'exclurait plus le vol. Ainsi le caractère litigieux de l'objet enlevé est une présomption favorable à l'agent; mais cette présomption peut être détruite par les faits.

1905. Faut-il étendre la même règle au créancier qui enlève les marchandises de son débiteur, ou prend à force ouverte une partie des sommes qui lui sont dues? La loi romaine punissait dans ce cas les violences, mais dans cette action elle ne voyait point de vol : *Qui imprudens juris eo animo rapuerit, quasi domino liceat etiam per vim rem auferre a possessoribus, absolvi debet; cui scilicet conveniens est, nec furti teneri eum, qui eodem hoc animo rapuit* [1]. On lit encore dans un autre texte : *Hâc actione* (*bonorum raptorum*) *is tenetur qui dolum malum adhibuit. Si quis igitur suam rem rapuit, vi quidem bonorum raptorum non tenebitur, sed aliter mulctabitur* [2]. Plusieurs arrêts ont appliqué cette distinction, qui, nous devons le faire remarquer, repose tout entière sur cette circonstance que la personne accusée *rem suam rapuit.* C'est ainsi que la Cour de cassation a annulé un jugement rendu contre un individu convaincu d'avoir attaqué avec armes, sur la grande route, son débiteur, pour lui reprendre une somme dont il se prétendait créancier; l'arrêt déclare « que, dans ce fait, sur lequel était fondée la condamnation, il n'y avait pas les caractères du vol qui consiste à vouloir dépouiller quelqu'un dans le dessein du crime [3]. » Dans une autre espèce, un marchand ayant annoncé à ses créanciers qu'il était dans l'impuissance de les payer, deux d'entre eux se rendirent dans sa boutique et en enlevèrent les marchandises. Traduits devant le tribunal correctionnel, ils furent condamnés aux peines du vol. Mais, sur l'appel, la Cour de Paris reconnut que leur sous-

[1] Cass., 1er therm. an XII, S.1.1003; J.P.17.1034.
[2] Inst. de vi bon. rapt., § 1.
[3] L. 2, § 18, Dig. de vi bon. rapt.

traction n'avait point été accompagnée de fraude, et les acquitta, en réservant seulement l'action des créanciers de la faillite sur les marchandises enlevées [1]. Ces deux arrêts sont uniquement fondés sur l'absence de la fraude, car la créance n'exclut pas nécessairement le vol ; l'auteur d'une soustraction ne serait point absous par cela seul qu'il prétendrait ne l'avoir commise que pour se rembourser d'une somme égale ou supérieure à la valeur de l'objet soustrait et qui lui serait due par le propriétaire de cet objet ; et il faut reconnaître avec un autre arrêt de la Cour de cassation, rendu dans une espèce où l'accusé, prévenu de vol domestique, soutenait pour sa défense qu'il était créancier de son maître, « qu'une créance ne peut légitimer un vol [2]. » N'est-il pas possible, en effet, que l'agent, quoique créancier de la victime, ait eu la pensée de commettre un véritable vol ? N'a-t-il pas pu, sous le prétexte de sa créance, chercher à dépouiller son débiteur ? Cependant il est impossible de faire abstraction de ce fait ; s'il ne constitue point une cause de justification absolue, il présente du moins un élément pour apprécier l'intention de l'agent. Est-il vrai qu'il n'ait eu qu'un but, le paiement de sa créance ? La justice lui demandera compte encore des voies de fait dont il s'est rendu coupable : mais il serait difficile de considérer son action comme un vol, car il n'avait pas l'intention de voler, *animum furandi ;* car il ne voulait pas prendre, il n'a pas pris le bien d'autrui. Le délit disparaît avec l'intention frauduleuse qui en est l'élément indispensable. Cette bonne foi pourrait exister encore, lors même que la créance ne serait ni liquide ni exigible, ou qu'elle serait litigieuse ; mais la présomption favorable s'affaiblirait. Il serait moins aisé d'admettre que l'agent ne voulait qu'exercer, quoique par des moyens illicites, un droit, lorsque ce droit serait incertain ou dénué de fondement. A-t-il, au contraire, eu la pensée d'accomplir, sous le voile de cette créance, la spoliation de son débiteur ? Comment l'existence de cette dette pourrait-elle exclure la criminalité de son action ?

[1] Arr. Paris, 15 avril 1823, S.7.193 ; J.P.17.1034.

[2] Cass., 22 déc. 1808, S.2.615 ; J.P.7.273, et Merlin, Rép., v° Vol, sect. 1re, n. 6.

Comment le titre de créancier le mettrait-il à l'abr des peines du vol? Au reste, nous avons déjà posé cette distinction dans la matière du faux[1] (n° 680), et la même règle s'applique aux deux hypothèses.

1906. Quel est le caractère de la fraude constitutive du vol? Est-il nécessaire que l'agent ait eu l'intention de s'approprier la chose d'autrui? Suffit-il qu'il ait voulu l'en dépouiller?

La définition du vol, dans la loi romaine, exigeait, comme élément du délit, que l'agent eût la pensée de profiter du vol, *animum lucri faciendi*[2]; la loi s'enquérait moins du fait que de sa cause impulsive : *nec enim factum quæritur, sed causa faciendi*[3]. De là la conséquence que ceux qui dérobaient non par une pensée de lucre, mais par méchanceté et pour causer un dommage, n'étaient pas passibles des peines du vol : *Undè eos qui tantùm injuriæ seu contumeliæ inferendæ, vel damni dandi causâ, non ut ipsi lucrentur, alienas res auferunt, à furti vitio excusati sunt*[4]. Toutefois, il n'était pas nécessaire que le vol profitât à l'agent lui-même; s'il avait disposé de l'objet volé en faveur d'un tiers, le délit n'existait pas moins : *et is furti tenetur, qui ideò rem amovet ut eam alii donet*[5].

Notre Code n'a point reproduit la restriction de la loi romaine : il n'exige dans l'intention qui dirige l'agent qu'un seul caractère, la fraude; or il n'est pas permis de distinguer lorsque la loi ne l'a pas fait; toutes les fois que l'enlèvement a eu lieu frauduleusement, il y a donc vol, soit que l'auteur de la soustraction ait voulu s'approprier l'objet enlevé, soit qu'il se soit proposé pour but unique d'en frustrer le propriétaire. Il faudrait donc décider encore, comme la Cour de cassation l'avait fait même avant le Code pénal, « que l'intention de dépouiller le propriétaire suffit pour constituer le vol; qu'il n'est pas nécessaire d'avoir eu l'intention de s'approprier

[1] Farinacius, quæst. 174, n. 20, 21; Covarruvias, l. 1, résol. cap. 2, n. 15; Julius Clarus, § Furtum, n. 20.

[2] Inst. de oblig. quæ ex del. nasc., § 1.

[3] L. 39, Dig. de furtis.

[4] Voët, ad Pand., in tit. de furtis, num. 3; Mathœus, in tit. de furtis, num. 7.

[5] L. 54, § 1, Dig. de furtis; Farinacius, quæst. 168, num. 21 et 22.

l'objet volé ; qu'il n'est pas plus permis de dépouiller le légitime propriétaire d'une chose pour la transférer à autrui, que pour la garder pour soi-même [1]. » Toute distinction, en effet, entre les causes qui ont poussé l'agent, serait oiseuse : sa criminalité est la même, soit qu'il ait été mû par l'avidité ou la méchanceté, et, dans ces deux cas, la victime a besoin de la même protection.

Ainsi, celui qui, par jalousie, dépouillerait un individu de ses richesses pour les enfouir dans une rivière, serait passible des peines du vol. Ainsi, celui qui commettrait une soustraction frauduleuse, même pour faire de la chose volée l'objet d'une aumône, se rendrait coupable du même délit : *Nec etiam furari licet ad effectum faciendi eleemosynam* [2]. Ainsi, celui qui, pour satisfaire un sentiment de vengeance, enlèverait un instrument d'agriculture qu'il détruirait ensuite, commettrait encore le même délit, « attendu qu'il y a soustraction frauduleuse toutes les fois que sciemment on fait sortir une chose de la possession du légitime possesseur contre le gré et à l'insu de ce dernier, pour la faire passer dans la sienne propre ; qu'il importe peu que l'auteur de la soustraction ait ou n'ait point eu l'intention de profiter de la chose d'autrui ; qu'il suffit qu'il ait eu celle d'en priver le propriétaire [3]. »

Mais il faut du moins que le propriétaire soit dépouillé : la pensée de nuire, si elle ne se réunissait point à un fait de spoliation, serait insuffisante pour constituer le délit. Ainsi, le fait d'enlever un objet, une enseigne, par exemple, non pour la dérober, mais pour la mettre dans une autre place, ne constituerait point, même accompagné d'intention de nuire, le délit de vol [4], car il n'y aurait pas soustraction de la chose enlevée. C'est le cas d'appliquer la décision de Paul : *Qui furandi animo conclave effregit vel aperuit, sed nihil abstulit, furti actione conveniri non potest, injuriarum potest* [5].

1907. Les anciens jurisconsultes ont recherché si l'extrême

[1] Cass., 28 niv. an IX, S.1.416 ; J.P.2.88 ; 30 juin 1809, *ibid.*, t. 7, p. 654.
[2] Glossa in lib. 54, § 1, Dig. de furtis ; Farinacius, quæst. 168, num. 21.
[3] Arr. Bourges, 26 janv. 1843, J.P., à sa date.
[4] Cass., 22 mai 1818, S.5.480 ; J.P.14.815.
[5] Pauli Sent., lib. II, tit. XXXI, 35.

nécessité doit exclure l'intention criminelle et faire disparaître ce délit. Cette question s'est élevée à l'égard de ceux qui sont pressés par la faim, par le froid, ou qui manquent de vêtements, et qui volent pour subvenir à ces premiers besoins. La loi canonique n'hésitait pas à créer une exception en leur faveur : *Discipulos cùm per segetes transeundo vellerent et ederent, ipsius Christi vox innocentes vocat, quia coacti fame hoc fecerunt* [1]. De cet exemple elle déduisait cette règle : *Quod enim non est licitum in lege, necessitas facit licitum.* Farinacius admet l'excuse en cas d'extrême nécessité, et il la justifie par le motif que l'agent a dû croire que le propriétaire de la chose dérobée lui permettrait de la prendre : *Ut fur isto casu propter necessitatem excusetur, debet credere dominum rei furatæ permissurum* [2]. Notre ancienne jurisprudence l'avait également adoptée. Jousse [3] et Muyart de Vouglans [4] posent en principe que les vols commis sous l'empire de la nécessité ne doivent pas être punis comme vols. Enfin plusieurs législations l'ont consacrée ; l'art. 166 des statuts de la Caroline le formulait en termes précis ; les art. 1115 et 1123 de l'ancien Code prussien l'énoncent encore.

Nous avons eu l'occasion de faire remarquer déjà que notre loi pénale n'a point adopté cette disposition [5] (n° 376). La faim et les besoins de la misère peuvent, en effet, atténuer le délit, mais ne le détruisent pas. Si le vol a eu pour objet de satisfaire un besoin réel, si le besoin a été la cause impulsive de l'action, la criminalité s'affaiblit, parce qu'il y a lieu de présumer que l'agent a été conduit, non par sa perversité, mais par une cause extérieure et passagère dont il n'a fait que subir l'influence ; mais le délit ne s'efface pas entièrement, parce que le besoin, quel qu'il soit, n'éteint pas dans l'agent le sens moral, et par conséquent laisse subsister l'intention frauduleuse ; parce qu'il est impossible de reconnaître qu'un individu,

[1] Can. 26, de conserv., dist. 5.

[2] Farinacius, quæst. 174, num. 68 et 69. V. aussi Julius Clarus, § Furtum, num. 24 ; et Tiraqueau, de pœnis temperandis, caus. 33.

[3] Traité de just. crim., t. 4, p. 256.

[4] Lois crim., p. 279.

[5] V. notre tome 1er, p. 569.

quelque favorable que soit sa position, ait et puisse exercer un droit quelconque sur la propriété d'autrui. La peine doit donc être atténuée, puisque ce fait modifie la criminalité de l'agent; mais il n'a d'autre effet que celui d'une circonstance atténuante, il n'emporte pas sa justification. Cette doctrine était enseignée par Mathœus [1], Voët [2] et Tiraqueau [3]; le premier de ces auteurs l'énonce en ces termes : *Ut crimen committi, etiam urgente penuriâ, fateamur; pœnam tamen, propter necessitatis vim delinquenti aut remittamus aut certè mitigemus.*

1908. Il résulte des observations qui précèdent qu'il n'y a point de vol sans une intention frauduleuse; que cette intention est un élément nécessaire du délit, et qu'elle existe toutes les fois que l'auteur d'une soustraction a voulu nuire ou a su qu'il nuisait, soit qu'il ait profité ou cherché à profiter de la chose soustraite, soit qu'il ait eu pour seul but d'en priver le propriétaire. Mais il est nécessaire qu'elle coïncide avec le fait de la soustraction, et qu'elle se manifeste simultanément; car le vol est une *soustraction frauduleuse*, et par conséquent il n'y a plus de vol si ces deux éléments ont été séparés, et si la fraude, bien qu'elle ait pu suivre la soustraction, ne s'est pas manifestée au moment même où cette soustraction a eu lieu. (Voy. *suprà*, nos 1899 et 1900).

1909. En thèse générale, l'appréciation de la fraude que font les juges du fait est souveraine, et les éléments qui fondent cette appréciation échappent à toute censure. Mais il n'en est plus ainsi, et nous avons déjà eu l'occasion d'établir cette restriction, lorsque les juges, pour écarter l'intention frauduleuse, s'appuient sur des raisons de droit qui peuvent être juridiquement appréciées. C'est en se basant sur cette distinction que la Cour de cassation, dans une espèce où l'intention frauduleuse avait été écartée, a prononcé l'annulation, « attendu qu'au lieu d'entrer dans l'exposé et l'appréciation des faits de la cause, la Cour impériale a écarté la pensée coupable en se fondant sur ce qu'il n'était pas établi que le prévenu,

[1] Ad Pandectas, in tit. de furtis, num. 7.
[2] In eod. tit., num. 8.
[3] De pœnis temperandis, caus. 33.

lorsqu'il avait trouvé les billets, sût qu'ils étaient la propriété de Darnaud; qu'on ne pouvait donc pas dire qu'il y eût chez lui à ce moment une intention frauduleuse de s'approprier la chose d'autrui, soit au préjudice de Darnaud, soit au préjudice de tout autre; qu'en se bornant, sur la question intentionnelle, à cette argumentation, la Cour a substitué à une preuve justificative une conséquence inadmissible en droit, qu'elle a inexactement déduite d'un fait non concluant; qu'en supposant, en effet, que le prévenu ignorât que les billets fussent la propriété de Darnaud, il ne pouvait douter qu'ils n'appartinssent à quelqu'un, au préjudice de qui, quel qu'il fût, il ne lui était pas permis de se les approprier; que cette ignorance, à elle seule, n'aurait donc pas été de nature à justifier son intention, et qu'il restait l'obligation de rechercher la preuve de la bonne foi, si elle existait, dans les autres circonstances du procès, et notamment dans celles qui avaient suivi l'action [1]. »

§ III. — *Chose d'autrui.*

1910. Si la *soustraction* et la *fraude* sont deux éléments du vol, ils ne suffisent pas pour le constituer; un troisième élément est nécessaire encore : il faut que la chose soustraite frauduleusement soit la *propriété d'autrui.*

En effet, celui qui soustrait sa propre chose ne commet point un vol : *Rei nostræ furtum facere non possumus* [2]; car le vol est un attentat à la propriété. Ainsi, celui qui aurait soustrait par hasard chez autrui un objet qui lui appartient et qu'il croyait appartenir à un tiers, n'aurait point commis de vol.

La loi romaine n'appliquait cette règle, ainsi que nous l'avons vu, qu'avec de certaines restrictions. Elle incriminait non-seulement le vol de la chose, mais le vol de son usage ou de sa possession : *furtum vel ipsius rei vel etiam usûs ejus possessionisve.* De là il s'ensuivait que, dans certains cas, quand le propriétaire d'une chose en avait aliéné l'usage ou la possession, il pouvait être poursuivi pour vol s'il avait soustrait cette chose.

[1] Cass., 7 sept. 1855, Bull. n. 316.
[2] Pauli Sent., l. 3, tit. 31, num. 21.

Tel était le cas où le débiteur avait soustrait à son créancier la chose qu'il lui avait donnée en gage : *Aliquandò suæ rei furtum quis committit, veluti si debitor rem quam creditori pignoris causâ dedit, substraxerit* [1].

Cette décision n'est plus applicable. Le gage conventionnel procure au créancier une sûreté pour le recouvrement de sa créance, mais la propriété de l'objet engagé ne cesse pas d'appartenir au débiteur. A la vérité, il avait engagé la possession; mais la loi ne punit plus les vols de possession ou d'usage : elle ne punit, ainsi que nous l'avons vu précédemment, que le vol de la chose même pour se l'approprier; elle ne déclare coupable de vol que celui qui *soustrait frauduleusement une chose qui ne lui appartient pas*. Or, que fait le débiteur quand il enlève la chose qu'il avait engagée? Il ne fait que déplacer sa propre chose; car il n'anéantit ni le gage dont elle est affectée, ni la créance dont elle doit assurer l'exécution: il ne commet donc pas un vol [2]. La jurisprudence a confirmé cette interprétation. La Cour de cassation a déclaré « que jamais en France, avant le nouveau Code pénal, on n'a poursuivi et puni, comme coupable de vol, le débiteur qui avait enlevé la chose qu'il avait mise en gage dans les mains de son créancier [3]; que l'art. 379 du Code pénal déclare coupable de vol quiconque a soustrait frauduleusement une chose qui ne lui appartient pas; d'où il faut conclure que le débiteur qui reprend par voie de fait ce qu'il avait remis en gage à son créancier ne commet pas un vol, puisque l'effet remis en gage n'avait pas cessé de lui appartenir [4]. (Voy. n° 1893.) Nous verrons plus loin qu'une exception a été introduite à cet égard dans l'art. 400 par la loi du 13 mai 1863.

1911. Il n'est pas inutile de noter ici que la juridiction ré-

[1] § 10 et 14, Inst. de oblig. quæ ex del. nasc.

[2] Merlin, Quest. de droit, v° Vol, § 4.

[3] Cette assertion est erronée en ce qui concerne l'ancien droit. V. Jousse, t. 4, p. 196, et arr. parlement de Paris du 30 oct. 1676, rapporté par Boniface, t. 5, l. 3, tit. 3.

[4] Cass., 29 oct. 1812, S.4.210; Journ. du pal., t. 10, p. 768, et arr. Bruxelles, 17 nov. 1818, Journ. du pal., t. 14, p. 1071; 31 mars et 10 nov. 1855, Bull. n. 115 et 354; 25 août 1859, Bull. n. 212.

pressive est compétente pour statuer sur l'exception de propriété de l'objet volé soulevée par le prévenu de vol. Nous en avons donné la raison dans notre *Traité de l'instruction criminelle*, n° 2664 : « Le droit des juridictions répressives de statuer sur les questions incidentes qui s'élèvent devant elles n'est que la conséquence logique de leur instruction générale. Compétentes pour prononcer sur l'existence des délits et des contraventions, elles sont par là même compétentes pour apprécier tous les faits élémentaires de ces infractions, toutes les excuses qui tendent à les modifier, toutes les exceptions qui peuvent avoir pour effet de les détruire, car elles ne font en cela que juger des faits qui sont contenus dans le fait principal. Elles prononcent sur les questions incidentes, parce que ces questions concernent l'action publique et qu'il est nécessaire de les traverser pour juger l'action elle-même. Que sont ces questions? des moyens de défense, des faits justificatifs; or, n'est-il pas dans la nature des choses que le juge qui statue sur un délit examine les moyens de défense des prévenus? » Le juge peut donc s'assurer sur toutes les exceptions que les formes de sa juridiction lui permettent d'apprécier; il n'est incompétent que lorsque la loi a déféré formellement l'exception à une autre juridiction. Ainsi, par exemple, l'exception de propriété immobilière a été réservée à la juridiction civile par l'art. 12 de la loi des 15-29 septembre 1791, l'art. 182 du Code forestier et l'art. 59 de la loi du 15 avril 1829. Mais lorsque l'exception de propriété ne s'applique qu'à une chose mobilière, comme en matière de vol, la juridiction saisie du délit est compétente pour statuer sur l'exception [1].

1912. Mais il n'est pas nécessaire pour l'existence du délit que la prévention précise à qui appartient la chose soustraite; il suffit qu'il soit constaté qu'elle n'appartient pas à l'agent. Il a été jugé dans ce sens « qu'aucune disposition de la loi n'exige que les personnes lésées par un crime ou par un délit soient nommées ou désignées, pour qu'il y ait lieu de poursuivre et de punir l'auteur de ce crime ou de ce délit; que, spécialement en cas de vol, la poursuite est indépendante de toute réclamation

[1] Cass., 4 août 1865, Bull. n. 165; 21 avril 1870, Bull. n. 93.

de ceux qui ont été victimes, et qui peuvent ne pas être connus; qu'aux termes de l'art. 379, « quiconque a soustrait frauduleusement une chose qui ne lui appartient pas est coupable de vol ; » qu'il suit de là que la loi ne considère que la mauvaise foi de celui qui s'est approprié ou qui a tenté de s'approprier ce qu'il savait ne pas lui appartenir [1]. »

N° I. — Première exception : détournement d'objets saisis.

1913. L'art. 379 ne s'applique point au saisi qui détourne les objets saisis sur lui et confiés soit à sa garde, soit à celle d'un tiers. En effet, la saisie des immeubles d'un débiteur ne peut être considérée que comme un gage judiciaire, *pignus prætorium;* cette saisie n'exproprie point le débiteur; elle procure seulement au créancier une sûreté pour le recouvrement de sa créance. Les meubles ne sortent de la propriété du débiteur que par la vente qui en est faite : ainsi, lorsqu'il les soustrait après la saisie qui a été faite à la requête du créancier, il fait une action blâmable, il désobéit à la loi; mais la chose qu'il soustrait lui appartient, il ne commet donc point un vol. La Cour de cassation a consacré cette solution [2], et c'est à la suite de ces arrêts que le législateur a senti le besoin de remplir une lacune du Code pénal. L'art. 400, successivement rectifié par les lois du 28 avril 1832 et 13 mai 1863, porte dans ses §§ 3 et 4 : « Le saisi qui aura détruit, détourné ou tenté de détruire ou de détourner des objets saisis sur lui et confiés à sa garde, sera puni des peines portées en l'art. 406. Il sera puni des peines portées en l'art. 401, si la garde des objets saisis, et par lui détruits ou détournés, ou tenté de détruire ou de détourner, avait été confiée à un tiers. » La destruction des objets saisis ne peut jamais avoir les caractères d'un vol; quant à leur détournement, la loi distingue si le saisi en a été institué gardien, ou si cette garde a été confiée à un tiers : dans le premier cas, elle le qualifie abus de confiance; dans le second, elle reconnaît que le détournement n'est pas un vol, elle l'assimile au

[1] Cass., 6 juin 1845, Bull. n. 191.
[2] Cass., 29 oct. 1812, S.4.210; J.P.10.768.

vol ; mais la nécessité d'une disposition spéciale pour prononcer cette assimilation, et pour étendre l'application de l'art. 401, indique assez qu'il s'agit d'un délit spécial et non d'un vol ordinaire. Et en effet, que le saisi soit ou non déclaré gardien, cette circonstance ne change rien à la propriété des objets saisis ; cette propriété demeure aux mains du débiteur ; en enlevant même frauduleusement et furtivement des objets qui lui appartiennent, il enfreint les ordres de la justice, il lèse les droits d'autrui, mais il ne commet aucun vol, car il ne soustrait point la chose d'autrui.

1914. De ce principe il suit que celui qui, par ordre et pour le compte du saisi, soustrait les effets saisis et les recèle, est coupable, non du délit de vol, mais du délit de détournement prévu par l'art. 400 : « attendu qu'en reconnaissant en droit que la saisie n'ayant pas dépouillé le saisi de la propriété des effets saisis, la soustraction faite de son ordre et pour son compte n'avait de sa part, ni de la part du prévenu agissant pour elle, le caractère constitutif du vol, et qu'en attribuant aux faits constatés la qualification du détournement prévu par le deuxième paragraphe de l'art. 400, l'arrêt attaqué a fait une juste appréciation des faits incriminés [1]. » Il résulte encore du même principe que l'époux ou les enfants du saisi qui ont détourné les objets saisis doivent être punis, soit d'après l'art. 400, s'ils ont agi de complicité avec le saisi, soit d'après l'art. 401, s'ils ont agi par eux-mêmes et de leur propre mouvement : « attendu que, d'après la lettre comme d'après l'esprit de l'art. 380, le bénéfice de sa disposition n'est applicable qu'aux soustractions commises par l'époux ou les enfants *au préjudice* de l'autre époux ou des ascendants ; mais qu'il en est autrement lorsque la soustraction est réellement commise au préjudice d'un tiers, comme lorsqu'elle porte sur des choses frappées d'une saisie, et sur lesquelles le saisissant et les autres créanciers ont acquis légalement des droits [2]. »

1915. Le détournement des objets saisis rentre dans les termes de la loi, lors même que la saisie n'a pas encore été si-

[1] Cass., 11 avril 1845, Bull. n. 134.
[2] Cass., 19 fév. 1842, Bull. n. 32.

gnifiée à la personne sur qui elle a été faite, s'il est constaté en fait qu'elle en avait pleine connaissance. Ce point a été jugé par un arrêt qui porte « qu'il est constaté en fait qu'une saisie a été pratiquée sur le demandeur le 11 octobre 1850; que le procès-verbal de cette saisie ne lui a été notifié que le 13; que, dans l'intervalle et pendant la journée du 12, il a détourné différents meubles compris dans la saisie et dont la garde avait été confiée à un tiers; que si, au moment où le détournement a été commis, la saisie ne lui avait pas encore été notifiée, nonobstant les prescriptions de l'art. 602 du Code de procédure civile, cette omission, qui, suivant la disposition du même article, n'entraînait pas la nullité de la saisie, ne faisait pas non plus obstacle à ce que le détournement pût constituer le délit prévu par la loi; que le jugement attaqué déclare qu'il résulte de tous les faits et circonstances de la cause qu'au moment de la perpétration de son action, il avait pleinement connaissance que les objets étaient placés sous la main de la justice; que le délit subsiste dès qu'il est constant, d'une part, que le détournement a été commis postérieurement à une saisie régulière, et, d'une autre part, que le saisi a agi avec connaissance de la saisie, et par conséquent en violant les défenses de la loi [1]. »

1916. Mais le détournement n'est coupable que parce qu'il est frauduleux : la bonne foi du prévenu fait nécessairement disparaître le délit. Cette règle a été appliquée par un arrêt qui porte : « que le sieur de Solan était prévenu d'avoir détourné des récoltes saisies à son préjudice à la requête du percepteur d'Argein et du receveur de Castillon, et dont la garde avait été confiée à un tiers; que le jugement attaqué a écarté cette prévention par le motif que le receveur de l'enregistrement avait accordé au prévenu l'autorisation de vendre les récoltes saisies à son préjudice, à la requête de l'administration des domaines, pour en apporter ensuite le produit au receveur; qu'il a tiré de ce fait la conséquence que le détournement n'avait eu aucun caractère frauduleux; que cette déclaration en fait est une appréciation qui échappe à l'examen de la Cour de cassation; que si ce jugement se fonde uniquement sur l'autorisation du re-

[1] Cass., 18 mars 1852, Bull. n. 98.

ceveur de l'enregistrement, à la requête duquel la seconde saisie avait été faite, et garde le silence sur la première saisie faite à la requête du percepteur d'Argein, il ne s'ensuit pas qu'il y ait eu omission de statuer sur l'un des chefs de la prévention, ni par conséquent défaut de motifs en ce qui concerne ce chef; qu'en effet, le détournement d'objets saisis ne peut constituer qu'un seul délit, bien que ces objets ait été frappés de deux saisies successives; qu'il n'y avait donc dans l'espèce qu'un seul chef de prévention [1]. » On voit que cet arrêt décide en second lieu que le délit reste unique, quel que soit le nombre des saisies qui frappent les objets détournés. Il n'en serait plus ainsi si les saisies portaient sur des objets différents.

Mais le détournement ne cesse pas d'être frauduleux parce que le débiteur, en reprenant l'objet saisi, n'aurait pas eu l'intention d'en faire personnellement usage. Il importe peu que la soustraction ait eu pour objet la destruction de cet objet ou sa remise à l'un des créanciers; et il a été jugé dans ce sens : « que le détournement des objets saisis compromet la responsabilité du tiers préposé à leur garde et préjudicie aux créanciers, soit que le but de la partie saisie ait été, en pratiquant le détournement, de reprendre la possession de la chose saisie, d'en opérer la destruction, ou seulement de la transmettre à l'un des créanciers particulièrement, afin de lui conférer le droit de se faire payer sur cette chose, de préférence à tous autres [2]. »

1917. La disposition du 3e paragraphe de l'art. 400 s'applique non-seulement aux saisies-exécutions, mais à tous les actes qui mettent des objets mobiliers sous la main de l'autorité publique pour forcer à exécuter certaines obligations. Elle s'applique à la saisie des bestiaux laissés à l'abandon, « attendu que la mise en fourrière des animaux laissés à l'abandon qui sont trouvés sur la propriété d'autrui, autorisée par l'art. 12 du titre 2 de la loi du 6 octobre 1791, est une véritable saisie; que, pour n'être accompagnée d'aucune formalité, elle n'en confère pas moins aux parties lésées un droit positif sur les animaux saisis, qui ne peuvent être rendus à leur propriétaire

[1] Cass., 17 sept. 1852, Bull. n. 321.
[2] Cass., 17 fév. 1844, Bull. n. 54.

que lorsqu'il a réparé le dommage ; que si, faute de notification, le propriétaire peut ne pas savoir que ses bestiaux ont été saisis, ce qui est cependant assez difficile à concevoir lorsqu'il les détourne d'un lieu désigné par arrêté de l'autorité municipale pour servir de fourrière, ce n'est pas là une raison suffisante de refuser en droit et dans tous les cas, aux dispositions dont il s'agit, leur étendue véritable, sauf à examiner en fait, dans chaque espèce, si le prévenu a eu connaissance de la mise en fourrière [1]. » Et, à défaut de procès-verbal, ou si le procès-verbal est nul, la preuve que le prévenu a eu connaissance de la saisie peut être faite par témoins [2]. La disposition de l'article 400 s'applique même aux séquestres des biens immobiliers. Il a été jugé, en effet, que le fait d'avoir arraché et transformé en charbon des souches de bois mort qui existaient dans le sol des biens saisis, rentrait dans les termes de cet article, « puisqu'aux termes de l'art. 2204 du Code civil, ces souches étaient des accessoires desdits biens et réputés immeubles comme eux ; qu'il suit de là que leur extraction et la vente du charbon qu'elles avaient produit constituaient également l'une et l'autre le délit prévu par l'art. 400 [3]. »

1918. La loi du 13 mai 1863 a ajouté à l'art. 400 un 5e paragraphe qui consacre une nouvelle exception aux règles relatives au délit de vol. Voici d'abord le texte de ce paragraphe :

« Art. 400, § 5. Les peines de l'art. 401 seront également applicables à tout débiteur, emprunteur ou tiers donneur de gage qui aura détruit, détourné ou tenté de détourner des objets par lui donnés à titre de gage. »

Exposé des motifs. « Le vol étant la soustraction frauduleuse de la chose d'autrui, celui qui soustrait sa propre chose, même frauduleusement, ne commet pas un vol. Un débiteur soustrait la chose qu'il avait donnée en gage, ou détourne les objets saisis sur lui et confiés soit à sa garde, soit à celle d'un tiers : c'est un acte assurément très-répréhensible, une infraction morale très-grave, mais qui n'est pas atteinte par la pénalité du vol, et qui resterait impunie à moins de disposition spéciale. Cette disposition existe depuis 1832 en ce qui concerne les détournements des objets saisis : on en a fait les paragraphes 2 et 3 de l'article qui nous occupe. On ne s'explique pas facilement que la prévision de la loi, éveillée

[1] Cass., 30 sept. 1841, Bull. n. 292.
[2] Cass., 4 juin 1742, Bull. n. 134.
[3] Cass., 26 oct. 1850, Bull. n. 380.

par la jurisprudence, ne se soit pas portée aussi sur la soustraction de la chose donnée en gage. Mais quoi qu'il en puisse être des motifs ou des causes de cette omission, volontaire ou involontaire, c'est une lacune qui doit être remplie. Le prêt sur nantissement est devenu une manière d'opérer, une pratique heureuse du commerce et de l'industrie. Des lois récentes tendent à l'encourager et à le répandre le plus possible : nous avons des établissements de crédit dont c'est l'objet unique ou principal. Ces prêts se font pour des sommes considérables, sur des marchandises ou des produits de l'industrie, dont la nature et la quantité rendent difficile de les placer immédiatement sous la main du créancier : il faut les protéger par une sanction pénale. La sollicitude du législateur n'aura pas devancé les faits : elle se sera laissé mettre en demeure par une grosse fraude dont le monde industriel et commercial s'est ému, en même temps que la justice réduite à confesser son impuissance. Un établissement de crédit avait prêté de fortes sommes, plusieurs centaines de mille francs, sur des quantités considérables de fers et de fontes ; toutes les conditions légales du nantissement avaient été remplies : le contrat était parfait. Faillite de l'emprunteur ; le créancier veut recourir au nantissement, mais le gage avait disparu ; l'emprunteur l'avait détourné et dissipé. Sur la poursuite intentée, les tribunaux ont dû reconnaître que ce détournement, qu'ils ont flétri, ne constituait dans l'état de la loi ni crime ni délit. — La disposition additionnelle qui deviendrait le § 4 de l'article fait pour la chose donnée en gage exactement ce qui fut fait, en 1832, pour les objets saisis, *confiés à la garde d'un tiers.* — Les quelques mots ajoutés dans le paragraphe final n'ont pour objet que d'y faire entrer l'incrimination nouvelle. »

Rapport de la commission : « Dans l'art. 400, le projet introduit une disposition nouvelle pour incriminer le fait du débiteur ou de l'emprunteur qui détruit ou qui détourne la chose qu'il a donnée à titre de gage. On ne saurait contester la criminalité d'un pareil acte ; c'est un vol véritable dans le sens pratique du mot ; mais ce n'en est pas un dans le sens légal, et cela suffisait pour que l'impunité lui fût acquise. En effet, celui qui remet une chose en gage en conserve la propriété, aux termes de l'art. 2079 du Code civil ; si, après l'avoir donnée en nantissement, il la détourne à son profit, il ne soustrait que sa propre chose, et on sait que le vol n'existe que lorsqu'il y a soustraction frauduleuse de la chose d'autrui. Le contrat de nantissement était déjà d'un usage fréquent, il tend tous les jours à se répandre davantage, et il importait de donner aux créanciers gagistes la garantie légitime qui leur manquait. — M. Millet nous a proposé un amendement ainsi conçu : « Les peines de l'art. 401 seront également applicables à tout débiteur ou emprunteur ou tiers donneur de gage qui aura détruit ou détourné ou tenté de détruire ou de détourner des objets donnés à titre de gage conformément aux art. 2074 et suiv. du Code civil, ou affectés au privilége créé par l'article 93, Cod. comm. » Ainsi, cet amendement a trois objets ; il propose : 1° d'étendre l'incrimination au cas où le gage a été donné pour un tiers ; 2° de définir, par l'indication des articles du Code civil qui s'y rapportent, la manière régulière dont le gage aura dû être donné pour que la criminalité existe ; 3° d'appliquer l'incrimination même au cas où il n'existerait qu'un privilége en vertu de l'art. 93, Cod. comm., et non en vertu d'un contrat de nantissement. Rien ne s'opposait

à l'adoption de la première partie de l'amendement. Il est certain qu'il y a les mêmes raisons de punir la distraction ou le détournement de l'objet remis en gage, au cas où cette remise est faite par un tiers, qu'au cas où elle a été faite par le débiteur lui-même. La seconde partie peut avoir son utilité en ce sens qu'elle indique clairement que le détournement ou la soustraction ne sont punissables que lorsqu'ils porteront sur un gage donné régulièrement et conformément à la loi. Mais il nous a été impossible de nous associer à la troisième partie. Si on étendait l'incrimination aux cas où, d'après l'art. 93, C. comm., le commissionnaire a un privilége pour les avances qu'il a faites sur des marchandises, et où le commettant détourne ou détruit les marchandises affectées à ce privilége, pourquoi ne pas l'étendre à tous les cas où un privilége quelconque existe en vertu de la loi civile ou commerciale ? Il serait téméraire de s'engager dans une pareille voie. »

1919. Une discussion s'est élevée dans le Corps législatif sur la double proposition du projet et de la commission :

M. Édouard Dalloz a dit que : « le paragraphe 5 de l'art. 400 donne en réalité naissance au nantissement commercial, en apportant une sanction à ce nantissement, dont la réglementation est l'objet d'un projet de loi, et qui entre de plus en plus dans nos mœurs et dans nos habitudes. Il résultera des art. 406 et 408 que le détournement des objets mobiliers donnés en gage sera atteint comme un vol ou comme un abus de confiance, suivant les personnes inculpées : si le détournement a été fait par l'emprunteur, le débiteur ou par le tiers donneur de gage, il y aura lieu à l'application de l'art. 401 ; s'il a été fait par le créancier qui en est nanti, il n'y a plus d'assimilation au vol, il y a abus de confiance et application de l'art. 406. Ainsi, notre législation ne se trouve plus impuissante, et le détournement du nantissement civil et commercial se trouve aujourd'hui prévu par une assimilation à l'un ou à l'autre de ces deux délits. »

M. Millet dit qu'il existe des faits non moins répréhensibles qui ne sont pas atteints par le projet. Ces faits sont au nombre de deux : il y a d'abord le fait de l'individu qui a consenti un dépôt, un séquestre non judiciaire ou séquestre judiciaire établi dans un dépôt non public et qui enlève à tout tiers intéressé les objets déposés ou mis en séquestre ; il y a ensuite le fait du commettant qui détourne des magasins du commissionnaire les objets qu'il lui a remis et sur lesquels il a obtenu des avances de fonds. Quant au premier cas, on ne trouve dans la loi aucune disposition qui atteigne le propriétaire des objets déposés entre les mains d'un tiers, pour la garantie d'un droit, et qui les enlève au préjudice de ce droit. Quant au second, il s'agit, non d'un contrat de nantissement, mais d'un contrat de commissionnaire, et les règles de l'un ne s'appliquent pas à l'autre. Outre ces deux lacunes, l'honorable membre en avait signalé à la commission une troisième relative au commettant qui détourne les marchandises affectées au privilége du commissionnaire : un pareil fait ne peut être affranchi de toute peine, et si l'on craint de trop étendre la loi pénale, il y a lieu de distinguer, parmi les objets frappés de priviléges, entre ceux qui restent entre les mains du propriétaire et ceux qui arrivent aux mains du créancier. Ainsi, le locataire qui enlève les

meubles qui garnissent la maison qu'il a louée et sont frappés du privilége du propriétaire, ne peut être frappé d'aucune peine, parce qu'il a disposé d'objets qui lui appartenaient; mais si ces objets sont sortis des mains du débiteur, il y a de sa part soustraction punissable quand il les enlève des lieux où le commissionnaire les a placés.

Le rapporteur répond, sur ce dernier point seulement, que ce qui fait la difficulté, c'est que l'art. 93, C. comm., qui établit le privilége du commissionnaire, ne considère pas la remise des objets qu'il est chargé de vendre comme un nantissement. Mais le projet de loi relatif au Code de commerce doit réparer cette omission.

M. Millet a répliqué qu'il ne croit pas qu'il en soit ainsi : le projet de loi relatif au Code de commerce n'appelle pas nantissement le contrat qui existe entre le commettant et le commissionnaire ; il laisse à ce contrat sa nature propre. Ce qui lui paraît regrettable, c'est que la commission a rejeté son amendement par le motif qu'il n'y a lieu de frapper d'aucune peine le commettant qui détourne les objets par lui remis. C'est pour ne pas donner cette base à l'interprétation pénale qu'il demande le renvoi de l'article à la commission.

Le commissaire du Gouvernement (M. Cordoën) : « Nous avons voulu assurer, par une juste corrélation, la sécurité du donneur de gage contre celui qui le reçoit, et réciproquement la sécurité de celui qui le reçoit contre celui qui le donne. La violation du contrat de nantissement trouvera cette double sanction dans les dispositions nouvelles des art. 400 et 408. Le nantissement est un contrat défini par la loi et qui trouvait naturellement sa place à côté du dépôt, du louage et du mandat. C'est ce que nous avons demandé à la Chambre de consacrer. La loi ne s'occupe pas des espèces, mais bien des contrats dans lesquels viennent ensuite se placer les espèces; et si nous nous occupions aujourdhui du privilége du commissionnaire, je demanderais pourquoi nous laisserions en dehors le privilége du locateur sur le locataire. Le bail vient à se terminer; le locataire quitte les lieux; le propriétaire tient les meubles qui garnissaient la maison, sans les frapper de saisie. Si, après avoir quitté les lieux, le locataire va reprendre les meubles restés dans l'appartement, est-ce que vous voudriez le considérer comme commettant le délit? Évidemment non ; et si vous ne pouvez étendre la disposition à ce cas, il faut vous en tenir aux grands contrats, à ceux qui sont spécifiés et qui trouvent naturellement leur place dans les art. 400 et 408. »

M. Millet a insisté : « M. le commissaire du Gouvernement a bien voulu nous dire que la loi pénale s'occupait des contrats tels qu'ils sont caractérisés par la loi civile. Cela est évident. On doit distinguer dans la loi pénale les contrats comme on les distingue dans la loi civile. C'est précisément sur cela que je me fonde pour combattre les dispositions de l'art. 400. Vous ne ferez jamais qu'un contrat de commission soit un contrat de nantissement. Il peut avoir les mêmes conséquences, mais la nature n'en est pas la même. Je ne comprends pas pourquoi, lorsqu'il est si facile de constater le droit que tout le monde doit reconnaître, que la commission reconnaît elle-même après l'avoir dénié dans son rapport, on se refuserait à le constater par un texte formel. »

L'art. 400, tel qu'il avait été rédigé par la commission, a été adopté[1].

Nous avons dû insérer ici toute la discussion relative aux modifications faites à l'art. 400, parce qu'il s'agit d'une matière dont l'appréciation peut donner lieu à de graves difficultés. Nous reprendrons plus loin, en examinant l'art. 408, ce qui concerne la violation du contrat de nantissement. Nous ne nous occupons ici, par annexion au détournement des objets saisis, que du détournement des objets mis en gage. Le projet n'avait prévu que le cas du détournement par le débiteur ou l'emprunteur qui avait remis le gage. La commission y a joint le cas où le gage, remis à un tiers, serait détourné par celui-ci. En entrant dans la voie des espèces, on courait le risque d'être encombré par des hypothèses analogues à celle-là et qui pouvaient invoquer le même besoin de protection. Quelques paroles très-nettes du commissaire du gouvernement ont marqué la limite où la loi pénale doit s'arrêter. On doit en inférer qu'en cette matière, ainsi que la jurisprudence l'a souvent déclaré, l'analogie des contrats n'est pas admise.

1920. Le dernier paragraphe de l'art. 400 frappe de la même peine que l'auteur principal « celui qui aura recélé sciemment les objets détournés, le conjoint, les ascendants et descendants du saisi, du débiteur, de l'emprunteur ou tiers donneur de gage qui l'auront aidé dans la destruction, le détournement ou dans la tentative de destruction ou de détournement de ces objets. » Suit-il de cette énonciation qu'en dehors du recéleur et des conjoints, ascendants et descendants, nulle autre personne ne puisse être poursuivie pour fait de complicité? Il faut répondre négativement : « attendu que la loi du 28 avril 1832, en assimilant au vol, par des dispositions nouvelles formant le dernier paragraphe de l'art. 400, le détournement ou la destruction de la chose saisie, a par là rendu applicables à cette infraction les dispositions générales de l'art. 59, qui veut que le complice du délit soit puni de la même peine que l'auteur de ce délit, sauf les cas où la loi en a disposé autrement; qu'on ne peut trouver cette exception notamment dans la disposition

[1] Séance du 14 avril 1863.

de l'art. 400, qui punit la coopération du conjoint, des ascendants et des descendants du saisi ; qu'en effet, cette disposition, qui n'est nullement restrictive, a eu pour unique objet de constater que l'art. 380 serait, dans le cas prévu, sans application[1]. » Quant au recéleur, il ne devient complice, conformément à l'article 62 ; que lorsqu'il est constaté qu'il a eu connaissance que les effets déposés chez lui avaient été frauduleusement détournés[2].

1921. Mais il ne faut pas confondre avec les complices les tiers qui, dans un autre intérêt que celui du saisi, coopèrent indirectement à des actes de détournement. Ainsi, le créancier qui détourne dans son propre intérêt des objets saisis et à lui appartenant ne peut être considéré comme un complice, « attendu que l'art. 400, en faisant de la destruction ou du détournement des objets saisis, opéré par le saisi lui-même au préjudice de ses créanciers, un délit spécial, passible, suivant l'analogie des cas, des mêmes peines que les délits prévus par les art. 401 et 406, ne comprend pas dans cette disposition le fait des tiers qui détruisent ou détournent les mêmes objets sans être coauteurs ou complices du saisi ; qu'un pareil acte, resté en dehors de l'art. 400, ne devient punissable qu'autant qu'il rentre dans d'autres dispositions de la loi pénale ; qu'ainsi, en déclarant, dans l'espèce, que Jean Barreau, qui avait repris dans son propre intérêt, et sans s'être concerté avec le saisi, des bestiaux à lui appartenant, qu'il avait donnés à cheptel à celui-ci, sur qui la saisie avait été opérée par le bailleur de la ferme, n'avait encouru ni les peines de l'art. 400, ni celles de l'art. 401, le jugement attaqué avait fait une saine application de ces articles[3]. »

Il en est encore ainsi du fermier qui coopère au détournement des immeubles par destination saisis sur le bailleur. Un arrêt décide : « que le délit consiste dans la destruction ou le détournement par le saisi des objets saisis sur lui et confiés soit à sa garde, soit à celle d'un tiers ; que ces dernières expres-

[1] Cass., 17 fév. 1844, Bull. n. 54.
[2] Cass., 12 juill. 1850, Bull. n. 219.
[3] Cass., 1er juill. 1852, Bull. n. 217.

sions ne peuvent s'entendre, d'après leur sens naturel, que des cas où ces objets deviennent la matière d'un véritable séquestre ou dépôt judiciaire, avec les effets qui y sont attachés par les art. 1961 et suivants du Code civil ; qu'ainsi la disposition dont il s'agit trouve son application dans tous les cas de saisie-exécution, puisqu'aux termes des art. 596, 597 et 598 du Code procédure civile, toute saisie-exécution doit être accompagnée de l'établissement d'un gardien, soit en la personne du saisi, soit en celle d'un tiers ; qu'elle est également applicable, dans les cas de saisie immobilière, à l'égard des objets immeubles par destination saisis en même temps que le fonds auquel ils sont attachés, lorsque ce fonds n'est pas affermé, puisqu'alors, d'après l'art. 688 du Code de procédure civile, le saisi reste en possession comme séquestre judiciaire, à moins que le juge ne nomme un autre séquestre ; qu'en effet les objets qui dépendent, comme immeubles par destination, du fonds saisi sont, comme le fonds lui-même, confiés à la garde du séquestre ; mais que, lorsque l'immeuble saisi est affermé, le preneur reste en possession en vertu de son bail, sans recevoir aucune mission de la justice et sans contracter aucune des obligations propres aux gardiens et séquestres ; d'où il suit que l'art. 400, qui doit, comme toute disposition pénale, être exactement renfermé dans ses termes, ne peut recevoir d'application dans ce cas [1]. »

N° II. — Deuxième exception : *res nullius.*

1922. La soustraction, même frauduleuse, ne constitue point un vol, si la chose soustraite n'est pas la propriété d'un tiers.

De cette règle découlent plusieurs corollaires.

Le premier est que les choses qui n'ont point de maîtres ne peuvent être la matière d'un vol.

On distingue : 1° les choses qui n'ont encore appartenu à personne, *res nullius ;* 2° les choses abandonnées, *pro derelictis habitæ ;* 3° les choses perdues par l'ancien propriétaire, ou les *épaves.*

La loi romaine attribuait, avec quelques distinctions, la pro-

[1] Cass., 25 avril 1840, Bull. n. 120.

priété de ces choses au premier occupant ou à l'inventeur[1]. Notre ancienne législation les conféra au fisc et aux seigneurs. L'art. 7 de la loi du 13-20 avril 1791 déclara que les droits de déchéance, d'aubaine, d'épave, de trésor trouvé, n'auraient plus lieu en faveur des seigneurs; mais cette loi les laissa subsister en faveur du fisc. Les art. 639 et 713 du Code civil confirment cette attribution, en disposant que les biens qui n'ont pas de maître appartiennent à l'Etat. Néanmoins, cette disposition n'est absolue qu'à l'égard des biens immobiliers; en ce qui concerne les choses mobilières, elle subit de nombreuses exceptions. C'est aiusi qu'en matière de chasse ou de pêche, le droit d'occupation est formellement reconnu par la loi[2]. C'est ainsi qu'en matière de trésors trouvés, l'art. 716 du Code civil reconnaît et consacre formellement le droit de celui qui a découvert le trésor. Enfin, l'art. 717 du même Code dispose que les droits sur les choses perdues dont le maître ne se représente pas sont reglés par les lois particulières. Or, ces lois particulières n'ont point été faites, et l'on ne peut invoquer les lois antérieures, puisque le droit des seigneurs n'existe plus, et que l'art. 717 crée lui-même une évidente exception au droit du fisc. Il faut donc se reporter, si l'on veut s'appuyer sur quelques principes au milieu de cette législation incertaine et confuse, aux règles du droit romain, qui n'avait fait que consacrer lui-même celles du droit naturel. Ainsi les choses qui n'appartiennent à personne, les choses abandonnées, et celles dont le propriétaire ne se représente pas, peuvent devenir la propriété de celui qui les a appréhendées ou trouvées. La conséquence immédiate est qu'à l'égard de ces choses il ne peut y avoir de vol.

1923. Toutefois, une distinction doit être faite relativement aux *choses perdues*. Elles ne peuvent donner lieu à une action pour vol, lorsque l'inventeur s'est assuré que le propriétaire ne se représentait pas, lorsqu'il l'a cherché vainement, et qu'il ne les a retenues qu'après que ses recherches sont restées infructueuses : *Qui pro derelictâ rem jacentem occupavit, fur-*

[1] Inst. § 4, de divisione rerum.
[2] Art. 715, C. civ., l. 30 avril 1790.

tum non committit[1]; et si la chose est, en effet, abandonnée de son maître, l'intention de voler même ne ferait pas qu'il y eût vol : *Quod si dominus id dereliquit furtum non fit ejus, etiam si ego furandi animum habuero*[2]. Mais si la chose a été recueillie avec l'intention de se l'approprier, et si cette chose a un maître, bien qu'il soit inconnu, l'existence du délit n'est pas douteuse; et telle est aussi la décision d'Ulpien : *Qui alienum quid jacens, lucri faciendi causâ, sustulit, furti obstringitur, sive scit cujus sit sive ignoravit; nihil enim ad furtum minuendum facit, quod cujus sit ignoret*[3].

Cette décision a été consacrée par la jurisprudence. Un ouvrier avait soustrait une somme en or dont le propriétaire était inconnu, et qu'il avait trouvée dans un mur à la démolition duquel il travaillait. La Cour de cassation a reconnu dans ce fait les caractères du vol, par les motifs « qu'il suit de l'article 379 que la loi ne considère que la mauvaise foi de celui qui s'approprie une chose qu'il sait ne point lui appartenir; que le vol peut exister indépendamment de toute réclamation du légitime propriétaire, quand même ce propriétaire ne serait point actuellement connu, et quand même il aurait ignoré les droits qu'il avait sur la chose soustraite[4]. » Nous avons déjà examiné cette distinction. (Voy. *suprà* 1898).

1924. Aux termes de l'art. 716 du Code civil, celui qui a découvert le trésor, si le trésor est trouvé dans le fonds d'autrui, a droit à la moitié; mais il ne suit pas de là que, s'il le soustrait en totalité, il soit exempt des peines du vol, car il se rend coupable du vol de la moitié qui ne lui appartient pas. C'est ce que la Cour de cassation a décidé par le motif « que celui qui s'empare frauduleusement de la totalité d'une chose qui ne lui appartient que pour une partie, commet nécessairement un vol de la partie qui ne lui appartient pas[5].

1925. Dans certains cas, le droit de l'occupant peut soulever des incertitudes. Ainsi, l'art. 2 du décret du 4 août 1789 dispose

[1] Pauli Sent., lib. 3, tit. 1, § 27.
[2] L. 43, § 4, Dig. de furtis.
[3] L. 43, § 4, Dig. eod. tit.
[4] Cass., 29 mai 1828, Bull. n. 189.
[5] Cass., 18 mai 1827, S.27.1.491.

que les pigeons, à de certaines époques, seront regardés comme *gibier*, et que chacun aura le droit de les tuer sur son terrain. Il suit de là qu'à certaines époques le fait de tuer ces oiseaux et de s'en emparer ne peut constituer aucun délit, et qu'à d'autres époques ce même fait constitue un vol. Cette distinction a été reconnue par un arrêt de la Cour de cassation, qui déclare « que les pigeons de colombier ne sont déclarés *gibier*, par l'art. 2 de la loi du 4 août 1789, que durant le temps pendant lequel les règlements administratifs ordonnent de les tenir enfermés; que, hors ce temps, ils sont immeubles par destination, d'après la disposition formelle de l'art. 524 du Code civil, et sont ainsi la propriété de celui à qui appartient le fonds sur lequel est bâti le colombier qu'ils habitent; que dès lors, tuer ces oiseaux et se les approprier dans tout autre temps que celui pendant lequel ils sont réputés *gibier* par la loi, c'est nécessairement attenter à la propriété d'autrui, c'est commettre le délit de soustraction frauduleuse déterminé par l'art. 379 du Code pénal, et que punit l'art. 40 du même Code[1]. »

Hors des époques où les pigeons doivent être renfermés, il est encore permis aux propriétaires et fermiers de les tuer, dans l'intérêt de la conservation de leurs récoltes[2]; mais il ne résulte pas de ce droit qu'ils puissent s'en emparer, après les avoir tués, au préjudice de celui à qui ils appartiennent. Le droit naturel que chacun a de protéger ses propriétés autorise l'emploi des armes pour éloigner les animaux dangereux ou destructeurs, mais c'est un acte de défense et non de chasse; le droit expire donc au moment où l'animal malfaisant est détruit; et si le propriétaire du champ s'en empare, il faut alors distinguer; s'il s'agit d'un animal sauvage, son action peut prendre le caractère d'un fait de chasse; s'il s'agit d'un animal domestique, elle prend le caractère d'un vol, car les animaux domestiques sont une propriété, et si on peut les tuer pour défendre ses récoltes, on n'a pas le droit de s'en emparer au préjudice du propriétaire[3].

[1] Cass., 20 sept. 1823, Bull. n. 132.

[2] Art. 15 de la loi du 30 avril. 1790.

[3] V. dans ce sens arr. Douai, 30 déc. 1831, Journ. du dr. crim., 1832, p. 135.

N° III. — Troisième exception : soustraction entre copropriétaires ou avec le consentement des propriétaires.

1926. Le droit partiel du prévenu dans la chose soustraite ne fait pas disparaître le vol ; car, en s'emparant d'une chose qui ne lui appartient qu'en partie, il commet nécessairement le vol de la partie qui ne lui appartient pas.

Cette règle, dont nous avons déjà vu une application en matière de trésor, ne pouvait éprouver aucune difficulté dans l'espèce suivante. Un propriétaire avait donné à bail un jardin, et avait ensuite furtivement enlevé les fruits de ce jardin ; cet acte ne pouvait-il donner lieu, comme il le prétendait, qu'à une action civile? Constituait-il un vol? Le vol est évident, car le bail a eu pour effet d'aliéner les fruits de l'héritage ; si ce bail n'est pas contesté, les fruits ne sont plus la propriété du prévenu ; il s'est approprié frauduleusement une chose qui appartenait au fermier [1]

Mais la question semble plus difficile quand le prévenu se trouve copropriétaire de la chose qu'il a soustraite, soit à titre de cohéritier, soit à titre d'associé. En droit romain, le cohéritier qui détournait les effets d'une succession ne commettait point un vol : *Rei hæreditariæ furtum non fit* [2] : le législateur avait établi contre ce détournement l'action *expilatæ hæreditatis*. Ulpien expliquait ainsi cette action : *Apparet expilatæ hæreditatis crimen eo casu intendi posse, quo casu furti agi non potest : scilicet ante aditam hæreditatem, vel post aditam, antequam res ab hærede possessæ sint, nam in hunc casum furti actionem non competere palàm est* [3]. Quant à la femme qui avait soustrait quelques effets de la succession de son mari, elle ne pouvait être l'objet ni de l'action *furti* ni de l'action *expilatæ hæreditatis : Uxor expilatæ hæreditatis crimine non accusatur, quia nec furti cum eâ agitur* [4] ; elle ne pouvait être poursuivie que par l'action *rerum amotarum*.

[1] Cass., 27 mars 1807, S.2.265 ; J.P.5.764.

[2] L. 6, Dig. expilatæ hæreditatis.

[3] L. 2, § 1, Dig. eod. tit. Néanmoins, la loi 1, Dig. de effractoribus, portait ces mots : *Expilatores qui sunt atrociores fures*; et les docteurs avaient fondé sur ces termes une grave controverse. Farinacius, quæst. 174, num. 125.

[4] L. 3, Dig. eod. tit.

1927. Dans notre ancienne jurisprudence, aucune procédure criminelle ne pouvait également être dirigée ni contre l'époux survivant, ni contre les héritiers qui avaient diverti des objets de la succession. « Ce privilége, dit M. Merlin, était fondé sur l'espèce de droit qu'ils ont sur les choses mêmes qu'ils soustraient, et qui permet en quelque sorte de présumer que les soustractions ne se font pas dans l'intention de voler [1]. » Jousse établit que la peine contre un cohéritier qui détournait les effets de la succession était : 1° d'être déclaré héritier pur et simple ; 2° d'être privé du droit dans les choses détournées [2]. La peine ordinaire du recélé contre la veuve était qu'elle était privée du droit de renoncer à la communauté, et qu'elle était obligée de payer tous les créanciers de cette communauté. La question de savoir si ces principes devaient continuer d'être appliqués fut soumise à la Convention, qui, par un décret du 3 messidor an II, les maintint expressément.

Le Code pénal a-t-il continué cette jurisprudence? M. Bourguignon a soutenu l'affirmative; il se fonde : 1° sur ce que la chose héréditaire *appartient* pour une part indivise au cohéritier, et que l'art. 379 n'admet le vol que des choses qui n'appartiennent pas à autrui; 2° sur ce que l'art. 380, qui affranchit de l'action criminelle pour vol les époux, les ascendants, les descendants et les alliés aux mêmes degrés, n'est nullement restrictif; 3° sur les principes de l'ancien droit, qu'aucune disposition de notre droit nouveau n'a formellement abrogés [3].

1928. Nous ne pensons pas que cette opinion puisse être admise. En premier lieu, les règles de la loi romaine et de notre ancien droit ne peuvent exercer ici aucune influence ; le Code ne les a pas rappelées ; l'exception qu'elles avaient formulée se trouve donc effacée par le droit commun. Ensuite, de ce que la chose héréditaire appartient, pour une partie, au cohéritier qui s'en empare, faut-il conclure que cet objet, n'étant plus la *chose d'autrui*, ne peut devenir la matière d'un vol? Est-ce qu'elle ne reste pas la chose d'autrui dans les parties qui

[1] Rép., v° Vol, sect. 2, § 4, art. 2.
[2] Tome 4, p. 195.
[3] Jurispr. des Codes crim., t. 3, p. 365.

n'appartiennent pas à ce cohéritier? Est-ce qu'on doit distinguer entre le vol de la partie d'une chose et le vol de sa totalité? Comment le droit même indivis de l'agent au tiers ou au quart de cet objet pourrait-il légitimer la soustraction frauduleuse des parts qui ne lui appartiennent pas? Deux objections peuvent toutefois être proposées : l'une est puisée dans les art. 792 et 801 du Code civil, qui déclarent héritiers purs et simples les cohéritiers qui ont diverti ou recélé des effets de la succession; cette déchéance est une sorte de peine, et on a pu en inférer l'exclusion d'une autre pénalité. Mais cette conséquence ne serait pas exacte : c'est à titre de restitution et de dommages-intérêts que l'héritier dilapidateur est déchu du bénéfice d'inventaire; mais cette peine, purement civile, ne peut faire aucun obstacle à l'exercice de l'action publique, si la soustraction a les caractères d'un délit; la loi civile ne s'occupe que des intérêts civils, et elle n'a d'ailleurs énoncé aucune exception aux règles générales de la loi pénale. La seconde objection se fonde sur les motifs de convenance qui ont fait interdire l'action criminelle pour vol commis entre époux, entre ascendants et descendants; on prétend étendre cette exception aux vols commis par des cohéritiers au préjudice les uns des autres. La réponse est dans le texte de l'art. 380, qui ne formule pas un principe, mais une exception; sa disposition ne peut donc s'étendre à d'autres personnes qu'à celles qui y sont désignées.

1929. Cette opinion se trouve consacrée par deux arrêts de la Cour de cassation. Par le premier, cette Cour rejette le pourvoi de deux cohéritiers condamnés pour vol des effets de la succession : « attendu que la copropriété dans des effets mobiliers n'exclut pas l'action de vol pour la soustraction frauduleuse de ces effets par un des copropriétaires au préjudice des autres; que si l'honnêteté publique peut interdire cette action en certains cas et à l'égard de certaines personnes, ces cas et ces personnes ont été déterminés par l'art. 380 du Code pénal; que les dispositions de cet article ne peuvent être étendues; qu'il s'ensuit l'abrogation de toute législation ou de toute jurisprudence qui ne leur serait pas conforme; que les art. 792 et 801 du Code civil ne sont relatifs qu'à l'intérêt civil et aux instances civiles; qu'il n'en résulte aucune modification aux droits de

l'action publique, et à l'application des peines prononcées par le Code pénal ; qu'il a été reconnu et déclaré en fait, par le jugement attaqué, que les demandeurs s'étaient reconnus coupables d'une tentative de vol de partie des effets de la succession de leur père, au préjudice de leurs autres cohéritiers ; et qu'en appliquant les art. 2 et 401 du Code pénal, le jugement en a fait une juste application[1]. » Le deuxième arrêt ajoute, en confirmant cette doctrine, « que la disposition de l'art. 380 est spéciale et restrictive ; que si l'art. 883 du Code civil fait remonter les effets du partage au jour de l'ouverture de la succession, on ne doit point en conclure que l'un des cohéritiers puisse, tant que l'indivision subsiste, s'approprier, au détriment des autres, les fruits de l'héritage commun[2]. »

Il suit de là qu'il faut distinguer entre le recélé commis par un veuf ou par une veuve au préjudice des héritiers de l'époux prédécédé, et le recélé commis par des héritiers au préjudice les uns des autres. Dans le premier cas, aux termes de l'art. 380, il n'y a point d'action criminelle ; dans le deuxième cas, l'action criminelle est ouverte, à moins que l'héritier, au préjudice duquel le recélé a été fait, ne soit ascendant ou descendant de l'héritier recéleur.

1930. A plus forte raison, les associés ne peuvent invoquer aucune exception, lorsqu'ils sont poursuivis pour vol au préjudice de l'un d'eux. La loi romaine n'avait pas étendu à ceux-ci la disposition qu'elle avait établie en faveur des héritiers ; le texte d'Ulpien est formel : *Si socius communis rei furtum fecerit (potest enim communis rei furtum facere), indubitatè dicendum est furti actionem competere*[3]. Seulement elle établissait une sorte de présomption en sa faveur, tirée de son droit même sur la chose qu'il avait soustraite : *Sanè plerumquè credendum est eum qui partis dominus est, jure potiùs suo uti, quàm furti consilium inire*[4]. Jousse enseigne également « qu'il n'en est pas de l'associé comme de la femme commune ;

[1] Cass., 14 mars 1818, S.5.451 ; J.P.14.710.
[2] Cass., 27 fév. 1836, S.36.526 ; Journ. du dr. crim., t. 8, p. 277.
[3] L. 45, Dig. de furtis ; l. 51, Dig. pro socio.
[4] L. 51, Dig. pro socio.

car, s'il soustrait frauduleusement les effets de la société, il commet un vol, et peut être poursuivi criminellement. » Cependant il ajoute : « Dans nos mœurs, l'associé qui détournerait ne serait pas puni de la peine ordinaire du vol, mais d'une autre peine arbitraire[1]. » Muyart de Vouglans va plus loin, et pense qu'à moins d'un vol évident, l'action criminelle n'est point admise contre l'associé pour les soustractions qu'il aurait faites des effets de la société[2]. Cette doctrine ne s'appuie sur aucun motif sérieux, et l'art. 379 ne permet, d'ailleurs, aucune distinction. L'associé qui soustrait un effet de la société commet un véritable vol au préjudice de son associé, et l'on ne saurait même alléguer en sa faveur les considérations qui peuvent être invoquées lorsqu'il s'agit du vol commis entre cohéritiers. La Cour de cassation a consacré cette solution en décidant que l'associé qui, à l'aide d'une double clef qu'il a conservée secrètement, soustrait frauduleusement des vins appartenant à la société, se rend coupable de vol[3].

Ainsi, la règle qui exige, comme un élément du vol, que la chose soustraite appartienne à autrui ne distingue pas si cette propriété est totale ou partielle; il suffit, pour constituer le délit, qu'une portion de cette chose appartienne à un tiers, et l'agent n'est point dès lors fondé à élever la question de propriété, s'il n'allègue pas qu'il s'agit de la propriété de la chose entière.

1931. Il est évident que toutes les fois que le prévenu soutient pour sa défense que l'objet qu'il a soustrait était sa propriété, cette allégation forme une question préjudicielle : car, si elle est fondée, le délit disparaît immédiatement. Mais quelle est la juridiction compétente pour statuer ? Celle qui se trouve saisie de la prévention. En général, ainsi que nous l'avons déjà rappelé dans notre chapitre de la *bigamie*, et *suprà*, n° 1911, le juge investi du droit de prononcer sur l'existence d'un délit a le droit d'apprécier tous les faits constitutifs de ce délit et de prononcer sur toutes les questions qui s'y rattachent. Ce principe de compé-

1 Tome 4, p. 195.
2 Lois crim., p. 284.
3 Cass., 3 nov. 1808, S.2.597 ; J.P.7.189.

tence a cependant quelques exceptions : telles sont les questions qui sont relatives à l'état des enfants, à la propriété des immeubles. Mais si l'exception de propriété ne porte que sur un objet mobilier, la question préjudicielle rentre dans les attributions du juge criminel ; car sa compétence, en ce qui concerne le délit, lui donne le droit de connaître de toutes les exceptions proposées comme moyens de défense, et ce principe n'a subi aucune restriction à l'égard des objets mobiliers. La jurisprudence est conforme à cette doctrine. Un prévenu de vol avait allégué pour sa défense que l'objet mobilier qu'il avait soustrait était sa propriété. Déclaré coupable et condamné, il soutint, à l'appui de son pourvoi, que l'exception de propriété aurait dû être décidée par le tribunal civil ; mais la Cour de cassation rejeta ce moyen, « attendu que l'exception n'ayant pour objet qu'une chose mobilière, elle devait être appréciée et jugée par le tribunal compétent pour prononcer sur l'accusation de vol[1]. »

La question préjudicielle peut porter, non sur la propriété même des effets soustraits, mais sur le point de savoir si ces effets n'appartenaient à personne, s'ils étaient abandonnés ou perdus. Il faut évidemment étendre à cette hypothèse la décision qui vient d'être posée. C'est ce que la Cour de cassation a reconnu, en déclarant « qu'il est de principe que tout juge compétent pour statuer sur le procès dont il est saisi, est compétent aussi pour statuer sur les questions qui s'élèvent incidemment dans ce procès, encore bien que ces questions fussent hors de sa compétence, si elles lui étaient proposées par une demande principale; que cette règle ne reçoit d'autres exceptions que celles qui résultent d'une disposition formelle de la loi ; que, dans l'espèce, la Cour de Riom étant compétente pour statuer sur le délit de soustraction frauduleuse imputé au demandeur, elle l'était également pour juger l'exception qu'il opposait aux poursuites, et qu'il faisait résulter de ce que la somme en or étant une chose abandonnée ou perdue, elle lui appartenait comme l'ayant trouvée; qu'une pareille exception, qui ne portait que sur un objet mobilier, ne pouvait devenir la matière

[1] Cass., 11 avril 1817, S.5.307; J.P.14.178.

d'une question préjudicielle de propriété dont le jugement aurait dû être attribué préalablement aux tribunaux civils [1]. »

1932. Le principe que nous avons développé jusqu'ici reçoit deux exceptions. La soustraction de la *chose d'autrui* cesse d'être un élément du vol : 1° quand le propriétaire de cette chose a lui-même consenti à son enlèvement; 2° quand l'auteur du vol est époux, ascendant ou descendant de la personne au préjudice de laquelle il a été commis.

Il est évident que si la chose a été prise avec le consentement de celui à qui elle appartient, il n'y a plus de vol; *Furtum fit cùm quis alienam rem invito domino amovet* [2]. En effet, ce consentement, lorsqu'il est connu de l'agent, éloigne toute pensée de fraude de sa part : *Nemo videtur fraudare eos qui sciunt et consentiunt* [3]. Aussi tous les auteurs ont constamment enseigné que l'une des conditions essentielles du vol était qu'il eût été commis *contre le gré* du propriétaire, *invito domino* [4]. Cette règle se trouve implicitement mais formellement comprise dans l'art. 379 du Code pénal, qui exige que la soustraction de la chose d'autrui soit faite frauduleusement; et la Cour de cassation a déclaré, en conséquence, « qu'il ne peut y avoir lieu à l'application des art. 379 et 401, qu'autant que la chose enlevée à autrui a été soustraite, c'est-à-dire *appréhendée contre le gré du propriétaire* [5]. »

Ainsi, lorsque la volonté du propriétaire s'est manifestée, s'il s'est volontairement dessaisi, bien qu'il ait été déterminé par des manœuvres frauduleuses ou par une confiance dont l'agent a ultérieurement abusé, celui-ci, en s'appropriant la chose, peut se rendre coupable soit d'une escroquerie, soit d'un abus de confiance; mais il ne commet pas un vol, parce qu'il ne l'a pas soustraite contre le gré du propriétaire.

1933. Toutefois, deux hypothèses peuvent se présenter. Le propriétaire de la chose volée peut donner son consentement à l'insu même de l'auteur du vol, et, d'un autre côté, celui-ci

[1] Cass., 29 mai 1828, Bull. n. 189.
[2] Inst., lib. 4, de oblig. quæ ex del. nasc., § 6.
[3] L. 145, Dig. de regulis juris.
[4] Farinacius, quæst. 174, num. 137; Damhouderius, cap. 112, num. 16.
[5] Cass., 20 nov. 1835. Journ. du dr. crim., 1836, p. 18.

peut enlever la chose avec la pensée sincère, bien qu'erronée, que le propriétaire donne son assentiment à cet enlèvement.

Dans ce dernier cas, nous l'avons déjà remarqué en développant les circonstances constitutives de la *fraude*, le vol n'existe pas : si l'agent croit de bonne foi au consentement du propriétaire, il ne commet qu'une erreur : *Is solus fur est qui adtrectavit quod invito domino se facere scivit* [1].

La même décision doit-elle s'étendre à la première hypothèse? Nous supposons que le propriétaire d'un champ voit des individus en cueillir les fruits et les emporter, et que, mû par un sentiment de bienfaisance, il les laisse s'en aller. Cet assentiment secret change-t-il le caractère de l'action ? Coupable dans l'intention de ses auteurs, devient-elle tout à coup innocente par cette ratification tacite que lui donne celui auquel elle porte préjudice ? Les anciens auteurs répondaient affirmativement [2] ; mais ils s'appuyaient uniquement sur ce texte des Institutes : *Sed et si credat aliquis invito domino se rem commodatam sibi contrectare, domino autem volenti id fiat, dicitur furtum non fieri* [3]. Or, ce texte ne prévoyait qu'une espèce, l'abus que l'emprunteur croit faire de la chose prêtée, quand le prêteur consent à l'emploi qu'il en fait, et ce n'est que dans ce seul cas que la loi romaine déclarait qu'il n'y avait pas de vol ; mais, en thèse générale, elle ne reconnaissait point à l'adhésion secrète du propriétaire le pouvoir d'effacer le délit : *Si ego me invito domino facere putarem, cùm dominus vellet, an furti actio sit? Et ait Pomponius, furtum me facere* [4]. Cette décision doit encore être adoptée. Lorsque le vol réunit tous les caractères de criminalité exigés par la loi, il ne peut se modifier et prendre le caractère du délit par l'effet d'une circonstance extérieure que son auteur n'a pas même connue. Celui-ci a réellement soustrait la chose d'autrui ; l'intention subite du propriétaire de lui abandonner cette chose n'a pas suffi pour lui en transmettre la propriété : et puis, cette propriété fût-elle transmise,

[1] L. 46, § 7, Dig. de furtis.
[2] Farinacius, quæst. 178, num. 138 ; Damhouderius, cap. 112, num. 16.
[3] Ins. de oblig. quæ ex del. nasc., § 8.
[4] L. 46, § 8, Dig. de furtis.

cette transmission serait postérieure à la soustraction; elle ne pourrait donc exercer aucune influence sur l'existence du délit.

Au reste, deux observations doivent être faites : il ne suffirait pas que le propriétaire déclarât, après le vol consommé, qu'il avait précédemment donné la chose à celui qui s'en est emparé; il serait nécessaire d'appuyer cette allégation des preuves les plus précises, et de constater la date de la donation. En second lieu, la déclaration du propriétaire, lorsqu'elle suit la soustraction, ne peut avoir d'autre effet que d'éteindre l'action civile; il ne dépend point de lui de faire disparaître le délit, en abandonnant sa propriété : le délit peut exister indépendamment de tout préjudice causé, et sa répression n'est point abandonnée à la plainte de la partie lésée.

N° IV. — Quatrième exception : soustraction entre époux et entre ascendants et descendants.

1934. La soustraction de la chose d'autrui cesse, par une deuxième exception, d'être un élément du vol, quand l'auteur du délit est époux, ascendant ou descendant de la personne au préjudice de laquelle il a été commis.

Le 1er § de l'art. 380 est ainsi conçu : « Les soustractions commises par des maris au préjudice de leurs femmes, par des femmes au préjudice de leurs maris, par un veuf ou une veuve quant aux choses qui avaient appartenu à l'époux décédé, par des enfants ou autres descendants au préjudice de leurs pères et mères ou autres ascendants, par des pères et mères ou autres ascendants au préjudice de leurs enfants ou autres descendants, ou par des alliés aux mêmes degrés, ne pourront donner lieu qu'à des réparations civiles. »

L'exposé des motifs explique cette exception en ces termes : « Les rapports entre ces personnes sont trop intimes pour qu'il convienne, à l'occasion d'intérêts pécuniaires, de charger le ministère public de scruter les secrets de famille, qui peut-être ne devraient jamais être dévoilés; pour qu'il ne soit pas extrêmement dangereux qu'une accusation puisse être poursuivie dans des affaires où la ligne qui sépare le manque de délicatesse du véritable délit est souvent très-difficile à saisir; enfin, pour que le ministère puisse provoquer des peines dont l'effet

ne se bornerait pas à répandre la consternation parmi tous les membres de la famille, mais qui pourrait encore être une source éternelle de division et de haine. »

Cette décision est conforme, d'ailleurs, à la loi romaine. Les Institutes la consacraient formellement : *Qui in parentum vel dominorum potestate sunt, si rem eis subripiunt, furtum quidem illis faciunt, et res in furtivam causam cadit : sed furti actio non nascitur, quia nec ex aliâ causâ potest inter eos actio nasci*[1]. On trouve la même règle dans le *Digeste*, soit à l'égard des enfants[2], soit à l'égard des époux[3]. Enfin, le Code portait également que le mari ne pouvait, dans aucun cas exercer contre sa femme l'action pour vol : *Maritus propter matrimonii pudorem, non furti sed rerum amotarum actionem habet*[4].

1935. Il importe de fixer le véritable caractère de cette soustraction. Doit-on la considérer comme un vol dont le législateur a supprimé la peine sans effacer le délit? Faut-il, au contraire, n'y voir qu'un acte matériel, blâmable sans doute, mais qui ne présente aucun élément d'un délit? Cette question est importante; car, si la soustraction commise entre parents conserve le caractère d'un vol, bien que la loi l'ait couverte d'un voile, il s'ensuit qu'elle peut devenir une circonstance aggravante d'un autre crime, et par exemple du meurtre commis par le gendre sur son beau-père, et motiver par sa concomitance avec ce crime l'application de la peine capitale.

Telle a été aussi la décision de la Cour de cassation. Dans une accusation de meurtre imputé à des enfants sur la personne de leur père, la chambre d'accusation de la Cour de Poitiers avait refusé de considérer comme une circonstance aggravante la soustraction qui avait accompagné le crime. Sur le pourvoi du ministère public, cet arrêt a été cassé, « attendu que les exceptions portées en l'art. 380 du Code de procédure, qui s'oppo-

1 Inst. de oblig. quæ ex del. nasc., § 12.

2 L. 16-17, Dig. de furtis.

3 L. 1, Dig. de actione rerum amotarum : *Rerum amotarum judicium singulare introductum est adversùs eam quæ uxor fuit, quia non placuit cum eâ furti agere posse; quibusdam existimantibus ne quidem furtum eam facere.*

4 L. 22, Cod. de furtis et servo corrupto.

sent à l'exercice de l'action publique, ne sont applicables qu'au cas où le vol forme l'objet principal de la prévention, et non à celui où il n'en est qu'un accessoire, comme dans le cas prévu par l'art. 304 du Code pénal, parce qu'alors le vol que le meurtre a précédé, accompagné ou suivi, n'est pas seulement un crime commun avec le crime de meurtre, mais bien avec une circonstance aggravante de ce crime, puisqu'il donne lieu à une aggravation de peine; d'où il suit que l'art. 304 renferme des dispositions générales qui ne sont pas susceptibles d'être modifiées par les exceptions portées en l'art. 380 du Code de procédure, lesquelles doivent être appliquées limitativement au fait du vol isolé de tout autre crime [1]. » Cette décision doit-elle être suivie? est-elle conforme au véritable esprit de l'art. 380?

1936. Cet article ne se borne pas à affranchir les personnes qu'il énumère des poursuites criminelles, il efface le délit lui-même. En effet, sa disposition se fonde sans doute sur la crainte de divulguer les secrets et de troubler l'union des familles; mais elle s'appuie encore sur un autre principe. Entre époux, entre ascendants et descendants, les limites de la propriété, nettement tracées aux yeux de la loi, ne sont pas en fait posées avec la même netteté. Il existe, nous ne dirons pas une copropriété, mais une sorte de droit à la propriété les uns des autres, qui, bien qu'il ne soit pas ouvert, exerce une influence évidente sur le caractère de la soustraction. Ce n'est pas, dans un sens absolu, *la chose d'autrui* que l'agent soustrait, lorsqu'il enlève un objet qui est la propriété de son père, de son fils, de sa femme; car cet objet appartient à la famille dont il est membre, et cette famille est un être collectif dont il fait partie. Sa criminalité s'affaiblit donc à raison de cette espèce de communauté qui sépare avec moins de précision les droits de chacun. L'absence de cette poursuite ne se fonde donc pas seulement sur des convenances sociales, mais sur une modification du caractère même du fait. *Ne cum filio-familiâs pater furti agere possit, non juris constitutio, sed natura rei impedimento est* [2].

[1] Cass., 21 déc. 1837, S.38.1.247.
[2] L. 16, Dig. de furtis.

Plusieurs auteurs ont donné le même motif comme base de cette règle. Ainsi Mathœus, après avoir établi que les pères ne peuvent diriger contre leurs fils une action pour vol, invoque à l'appui le droit de copropriété de ceux-ci : *Quia, vivo quoque parente, domini existimantur et participes parentum* [1]. Muyart de Vouglans explique également le silence de l'action publique en le fondant « sur l'espèce de droit que ces sortes de qualités (de femme ou de fils) donnent sur la chose même que l'on soustrait [2]. » M. Faure avait compris cette raison, lorsqu'il disait dans l'exposé des motifs : « Il serait extrêmement dangereux qu'une accusation puisse être poursuivie dans les affaires où la ligne qui sépare le manque de délicatesse du véritable délit est souvent très-difficile à saisir. » Ainsi ce n'est point, à proprement parler, la chose d'autrui que la soustraction a pour objet, il manque au délit un de ses éléments.

Cette doctrine se trouve confirmée par le texte même de l'article 380. Cet article, en effet, ne qualifie que de simples *soustractions*, et non de *vols*, les enlèvements d'effets commis soit entre époux, soit entre ascendants ou descendants. Pourquoi cette expression inusitée, si le législateur avait vu réellement des vols dans ces enlèvements, s'il n'avait voulu que prohiber les poursuites? D'un autre côté, nous verrons tout à l'heure, en expliquant le deuxième paragraphe du même article, que les tiers, étrangers à la famille, qui ont coopéré par aide et assistance à la soustraction, ne sont passibles d'aucune peine, parce qu'il n'y a point de délit, à moins qu'ils n'en soient les auteurs principaux, et que les mêmes coopérateurs, s'ils ont profité de la soustraction ou en ont recélé les fruits, ne sont point punis comme complices, mais comme auteurs d'un vol. La loi ne se borne donc pas à créer un cas d'exemption de la peine, c'est le délit même qu'elle efface dans ce cas.

1937. Maintenant revenons à l'arrêt de la Cour de cassation. Cet arrêt décide que les soustractions commises entre époux et entre ascendants et descendants doivent être considérées comme une circonstance aggravante du meurtre, dans le

[1] De criminibus, in tit. de furtis.

[2] Lois crim., p. 283.

cas de l'art. 304. Mais cet article exige formellement que le meurtre ait eu pour objet l'exécution d'un fait qualifié *délit* par la loi : or, les soustractions prévues par l'art. 380 n'ont pas ce caractère, et non-seulement la loi les exempte de toute peine, mais elle leur ôte la qualification de délit; elles ne peuvent donc, dans le sens et d'après les termes de l'art. 304, devenir une circonstance aggravante du meurtre.

On objecte que les exceptions portées en l'art. 380 ne sont applicables qu'au cas où le vol forme l'objet principal de la prévention, et non à celui où il n'en est qu'un accessoire. Mais la loi déclare textuellement que ces soustractions ne peuvent donner lieu qu'à des réparations civiles; comment serait-il donc permis de les incriminer à un titre quelconque? Qu'importe qu'elles soient atteintes comme délit principal ou comme circonstance aggravante d'un autre délit? N'est-ce pas toujours les punir quand la loi défend de le faire? Et comment admettre ensuite que le même fait se trouve là couvert par la protection de la loi, ici livré à l'action publique, dans un cas à l'abri de toute peine et de toute incrimination, dans l'autre pris comme élément de la peine la plus rigoureuse? Vainement on essaye, par une subtilité que repousse la loi, de distinguer entre le vol et la circonstance aggravante; qu'est-ce que la circonstance aggravante, si ce n'est le vol? Et puis l'art. 380, exception aux règles générales du vol, n'admet point lui-même d'exception dans le cas qu'il prévoit. Supposez que le vol commis par un fils au préjudice de son père, par un mari au préjudice de sa femme, soit accompagné de violences, de coups ou de blessures : ces violences et ces blessures pourront être punies si elles forment des faits distincts, des délits *sui generis;* mais le vol demeure, dans tous les cas, à l'abri des poursuites. La Cour de cassation l'a reconnu elle-même [1]; et il est certain, en effet, que l'accession d'une circonstance étrangère au fait de la soustraction ne saurait modifier les motifs qui ont fait voiler cette soustraction aux yeux de la justice. Or, pourquoi le délit revivrait-il dans le cas seulement où il est accompagné de meurtre, et non quand il est accompagné de violences ou de blessures?

[1] Cass., 26 juill. 1811, J.P.9.494; 6 oct. 1853, Bull. n. 472.

pourquoi en faire abstraction dans ce dernier cas, et ne punir que les violences et les blessures, tandis que, dans le premier, on le prendrait en considération pour en faire l'élément d'un nouveau crime? Comment justifier une telle contradiction en théorie? et comment l'appliquer quand aucun texte n'y contraint, ni même ne l'autorise implicitement!

Il nous paraît donc que les soustractions commises soit entre époux, soit entre ascendants et descendants, ne constituent aucun délit et ne peuvent être, dans aucun cas, l'élément d'aucune peine, soit que ces soustractions soient considérées comme un délit principal ou comme une circonstance accessoire d'un autre délit, soit qu'elles soient accompagnées de circonstances aggravantes, ou qu'elles soient prises comme circonstances aggravantes d'un crime quelconque. Ce principe posé, il faut tracer le cercle dans lequel les exceptions portées par l'art. 380 doivent s'étendre et se renfermer.

1938. Cet article, en premier lieu, ne s'applique qu'aux *soustractions* commises au préjudice des personnes qui y sont énoncées ; et comme sa disposition forme une exception au droit commun, il s'ensuit qu'elle est limitative et qu'elle ne peut être étendue à des faits d'une autre nature. Cette règle a été consacrée par la Cour de cassation [1].

Il en résulte, en premier lieu, qu'il faut examiner si la soustraction a été commise *au préjudice* de l'époux, de l'ascendant ou de l'enfant de l'agent; car ce n'est que lorsque le préjudice pèse sur l'une de ces personnes que le fait demeure impoursuivi. Cette règle a été spécialement appliquée par un arrêt qui a rejeté un pourvoi : « attendu qu'il ne suffit pas que le père soit responsable du vol commis par son fils, pour qu'il y ait lieu à l'application de l'art. 380; qu'il faut pour cela que le vol ait été commis directement à son préjudice ; qu'il ne s'agissait point, dans la cause, d'un corps certain ; qu'il ne s'agissait pas non plus d'une somme d'argent remise au père à titre de dépôt ; que si les premiers juges avaient donné au fait ce caractère, le tribunal d'appel a expressément répudié leurs motifs; qu'il résulte de ceux qu'il a substitués que la somme volée se

[1] Cass., 14 mars 1818, S.5.451 ; J.P.4.710 ; et 15 nov. 1860 (aff. Roux).

trouvait dans les mains du père, par suite du mandat à lui donné par une association dont il était le trésorier, pour la recette de la cotisation de ses membres; qu'il était donc simplement responsable envers elle de cette somme; que, dans cet état des faits, en considérant le vol comme commis au préjudice du père, et en faisant profiter le prévenu de la disposition de l'art. 380, le jugement attaqué n'a violé aucune loi [1]. » Il suit de là que si l'objet soustrait avait été un corps certain remis à titre de dépôt entre les mains du père, il y aurait eu délit de vol, puisque cet objet aurait été la chose d'autrui.

Cette règle a été encore appliquée dans une espèce où un mari avait soustrait au bureau de la poste une lettre adressée par sa femme à un tiers. L'arrêt qui rejette le pourvoi porte : « que l'art. 380 demeure sans application à la soustraction d'une lettre, même écrite par la femme de l'inculpé, quand elle a été remise au bureau de poste avec l'adresse d'une autre personne [2]. » Cette lettre était, en effet, devenue la propriété de la personne à laquelle elle était adressée.

1939. Il en résulte encore que tous les délits qui auraient été commis envers la personne même, tels que les violences, lors même qu'ils auraient eu pour but une atteinte à la propriété, ne doivent point être compris dans les termes de l'exception, puisqu'elle est limitée aux seules atteintes à la propriété. Mais si ces violences ne constituent point un délit distinct et n'ont été qu'une circonstance du vol, elles participent de l'immunité. C'est ce qui a été formellement reconnu par un arrêt de cassation portant : « qu'il résulte de l'arrêt de renvoi et des questions soumises au jury que la demanderesse en cassation, déclarée coupable de s'être rendue complice du vol commis sur la personne de Jean-Baptiste Jaubert, pour avoir par dons, promesses, menaces, machinations ou artifices coupables, provoqué l'auteur ou les auteurs dudit crime à le commettre, la nuit, sur un chemin public et avec violence, est la femme dudit Jaubert: que la Cour d'assises devait, dès lors, aux termes de l'art. 164 du Code d'instruction criminelle, pro-

[1] Cass., 18 janv. 1849, Bull. n. 13.
[2] Cass., 2 avril 1864, Bull. n. 84.

noncer son absolution; qu'elle a donc, en la condamnant à dix ans de reclusion, faussement appliqué les textes de loi sur lesquels est fondé son arrêt [1]. »

1940. Il en résulte enfin que si l'auteur de la soustraction a employé pour l'accomplir un moyen qui constitue un crime ou un délit, indépendamment de la soustraction même, ce crime ou ce délit demeure soumis à l'empire du droit commun. C'est ainsi que la Cour de cassation a jugé que les dispositions de l'art. 389 ne s'appliquent pas au cas où la soustraction a été commise à l'aide d'un faux, « attendu que le crime de faux est placé dans le Code pénal au chapitre des crimes et délits contre la paix publique, tandis que l'art. 380, relatif aux soustractions commises par des parents au préjudice des parents qu'il désigne, est placé au chapitre des crimes et délits contre les particuliers, et que les dispositions exceptionnelles de cet article ne peuvent s'étendre au delà des cas qu'il a prévus; que le crime de faux existe indépendamment de l'objet que son auteur a eu en vue : d'où il suit qu'en refusant d'appliquer l'art. 380 à un accusé déclaré coupable de faux en écritures publiques, l'arrêt attaqué a sainement interprété cet article [2]. »

1941. Mais en serait-il ainsi des faits d'abus de confiance ou d'escroquerie commis par des époux au préjudice de leurs conjoints, par des enfants au préjudice de leurs ascendants? La raison de douter est que l'art. 380 ne mentionne que les *soustractions*, et que, dans l'abus de confiance ou l'escroquerie, le délit ne consiste pas à *soustraire*, mais à *dissiper* ou *à se faire remettre*. Cependant cette restriction serait évidemment contraire à l'esprit de la loi : les mêmes motifs qui s'opposent à ce que les soustractions commises dans ce cas soient l'objet d'une poursuite criminelle, s'appliquent à la poursuite des abus de confiance et des escroqueries; et peut-être même, dans ces derniers délits, ces motifs sont-ils plus puissants encore, puisqu'il est plus difficile de fixer la limite qui sépare le

[1] Cass., 6 oct. 1853, Bull. n. 192.

[2] Cass., 17 déc. 1829, Journ. du dr. crim., 1830, p. 54; 3 déc. 1857, Bull. n. 385.

manque de délicatesse et le véritable délit, et que les rapports intimes qui ont lieu entre les époux et les ascendants et descendants ne permettraient qu'avec peine de constater les éléments de ce délit. Telle paraît, au reste, avoir été la pensée du législateur : « Ce principe, porte l'exposé des motifs, consiste à rejeter l'action publique et à n'admettre que l'action privée, c'est-à-dire l'action en dommages-intérêts, *à l'égard de toute espèce de fraude* commise par les maris, etc... » Le rapporteur du Corps législatif déclarait également « que le projet a cru devoir affranchir de la rigueur des poursuites criminelles les *atteintes à la propriété* qui peuvent se commettre entre époux entre ascendants ou descendants. » Ainsi, la pensée du législateur a été d'étendre l'art. 380 à toutes les fraudes, à tous les délits qui se résolvent dans des questions d'intérêt ; il a voulu, lorsque le délit n'atteint que les propriétés et n'attaque pas les personnes ou ne menace pas la paix publique, tarir, par l'inaction de l'action publique, une source de divisions et de haines dans les familles ; et ce motif s'applique à l'escroquerie et à l'abus de confiance aussi bien et avec plus de force qu'au vol. C'est, au reste, conformément à cette interprétation que la Cour de cassation a jugé que les dégradations et destructions d'édifices, méchamment commises par le mari sur les propriétés de la femme, ne pouvaient donner lieu qu'à des réparations civiles [1]. Mais il n'y a plus lieu à l'application de cette règle lorsque le fait dommageable constitue un crime de nature à porter préjudice à des tiers. C'est ce qui a été décidé d'abord, ainsi qu'on l'a vu tout à l'heure (*voy.* n° 1940), en matière de faux, ensuite en matière d'incendie volontaire commis par un fils au préjudice de ses parents [2].

1942. La même règle s'applique au délit prévu par le premier paragraphe de l'art. 400. Il a été jugé, en effet, en ce qui concerne la première disposition de cet article, « que l'art. 400, qui prévoit le crime d'extorsion de signature, est classé dans la section de ce Code relative aux vols ; que l'art. 401 qui le suit immédiatement, par les termes dans lesquels il est conçu,

[1] Cass., 26 pluv. an XIII, S.2.72 ; J.P.4.402.
[2] Cass., 2 juin 1853, Bull. n. 197.

indique encore que le législateur a voulu attribuer cette qualification à tous les délits contre la propriété d'autrui énumérés aux articles précédents; que, d'un autre côté, la disposition de l'art. 380, fondés sur des motifs d'honnêteté publique, est générale et absolue, et s'applique à tous les faits qui ont légalement le caractère de vols; d'où il suit qu'en déclarant qu'il n'y avait aucune peine à prononcer contre la femme reconnue coupable d'avoir, avec un tiers, extorqué par force, violence et contrainte, la signature de deux écrits contenant obligation par son mari au profit de ce tiers, la Cour d'assises a fait une juste application de la loi [1]; » mais comme, dans l'hypothèse de la deuxième disposition du même article, la saisie crée un droit au profit des tiers saisissants, et que la soustraction aurait pour effet, non plus de préjudicier seulement à l'époux ou aux parents, mais aux créanciers, l'immunité n'est plus applicable. C'est ce qui a été reconnu par un arrêt portant : « que, d'après la lettre comme d'après l'esprit de l'article 380, le bénéfice de sa disposition n'est applicable qu'aux soustractions commises par l'époux ou les enfants au préjudice de l'autre époux ou des ascendants, à l'égard desquels l'action publique ne pourrait être admise sans blesser le respect dû à des liens de famille si rapprochés; qu'il en est autrement lorsque la soustraction est réellement commise au préjudice d'un tiers, comme lorsqu'elle porte sur des choses frappées d'une saisie et sur lesquelles le saisissant et les autres créanciers ont acquis légalement des droits; que si, avant la révision du Code pénal, un tel fait n'était pas légalement punissable, cela tenait à la législation alors en vigueur; qu'en effet, l'époux et les enfants du saisi, ne pouvant être poursuivis comme coupables de vol envers lui, étaient présumés agir dans son intérêt et ne pouvaient, dès lors, être punis que comme il l'eût été lui-même: et à l'égard de celui-ci, la soustraction de sa propre chose, suivant les principes consacrés par la définition contenue en l'art. 379, n'avait jamais le caractère de vol; mais que la loi du 28 avril 1832 a établi des principes différents et assimilé au vol la soustraction des choses saisies; que dès lors il ne sau-

[1] Cass., 8 fév. 1840, Bull. n. 51.

rait plus y avoir pour l'époux ou les enfants d'impunité à raison de ce fait qui doit être réprimé, soit d'après l'article 400, s'ils agissent de complicité avec le saisi, soit d'après l'art. 401, s'ils agissent de leur propre mouvement[1]. »

1943. Les personnes qui peuvent invoquer le bénéfice de l'art. 380 sont désignées par cet article, et cette désignation est restrictive, car le deuxième paragraphe ajoute : « A l'égard *de tous autres individus*... ils seront punis comme coupables de vol. » Ainsi la Cour de cassation a décidé avec raison que le vol commis par un frère au préjudice de ses frères, par un héritier au préjudice de ses cohéritiers, pouvait être l'objet d'une poursuite criminelle[2]. Mais la soustraction commise par le beau-père au préjudice des enfants de sa femme, même après le décès de celle-ci, se trouve protégée par les termes de l'article 380, qui comprend les soustractions commises par les pères et mères ou autres ascendants, et *par les alliés aux mêmes degrés* : or, ainsi que cela résulte des art. 161 et 162 du Code civil, 283 et 370 du Code de procédure civile, le lien d'affinité établi par le mariage entre l'un des époux et les enfants du premier lit de l'autre époux n'est pas rompu par le décès de celui-ci ; il n'est donc pas douteux que le mari peut, même après le décès de sa femme, invoquer le privilége de l'art. 380, à raison des soustractions qu'il a commises au préjudice des enfants du premier lit. La Cour de cassation a confirmé cette décision[3].

1944. L'art. 380 énonce, en général, les soustractions commises *par les enfants* au préjudice de leurs pères et mères et autres ascendants. Faut-il comprendre dans cette expression les enfants *adoptifs ?* La solution doit être évidemment affirmative, puisqu'ils ont les mêmes droits et sont membres de la famille aux mêmes titres que les enfants légitimes. L'art. 299 du Code pénal ne laisse d'ailleurs aucun doute sur ce point ; il assimile, pour leur appliquer la peine du parricide, les enfants

[1] Cass., 19 fév. 1842, Bull. n. 32.
[2] Cass., 14 mars 1818, S.5.451 ; J.P.15.710.
[3] Cass., 20 déc. 1819, J.P.15.840.

légitimes, naturels ou adoptifs : cette assimilation doit donc encore les unir quand il s'agit de leur appliquer le privilége de l'art. 380; mais ce privilége ne s'étend qu'aux soustractions commises envers les pères et mères, car la fiction de l'adoption ne fait pas remonter la famille aux autres ascendants. Quant aux enfants naturels, la distinction que nous avons faite à leur égard, en ce qui concerne le parricide[1], doit nécessairement être appliquée : s'ils n'ont pas été reconnus, le lien du sang est incertain; ils ne peuvent donc l'invoquer comme une excuse. Ainsi, la Cour de cassation a jugé que le prévenu ne peut être renvoyé des poursuites, sous prétexte que la soustraction a été commise au préjudice de sa mère naturelle, lorsque sa reconnaissance n'est constatée par aucun des actes exigés par l'état civil[2]. S'ils sont reconnus, au contraire, ils sont évidemment compris dans les termes de l'article; car la loi ne distingue pas, elle s'étend donc à tous les enfants qui sont membres de la famille. L'art. 299 est encore formel sur ce point. Mais l'exception s'arrête aux soustractions commises au préjudice des pères et mères; car le lien de famille établi en faveur des enfants naturels s'arrête, comme pour l'enfant adoptif, aux pères et mères qui les ont reconnus. Ce point a été consacré par un arrêt de la Cour de cassation, qui déclare « que l'exception portée en l'art. 380, relativement aux soustractions frauduleuses commises entre parents en ligne directe, n'a évidemment été faite par le législateur qu'en considération du lien de famille qui existe entre lesdits parents; qu'il résulte des dispositions de l'art. 756 du Code civil que la loi ne reconnaît le lien de famille en faveur d'enfants naturels que vis-à-vis leurs pères et mères qui les ont reconnus; et que c'est d'après ce principe que l'art. 299 du Code pénal, après avoir qualifié de parricide le meurtre des pères et mères légitimes, naturels ou adoptifs, ne donne la même qualification qu'au meurtre des autres ascendants légitimes, ; qu'il suit de là que les soustractions commises par des enfants au préjudice des parents de leurs pères et mères sont de véritables vols, et,

[1] V. notre tome 3, p. 391.
[2] Cass., 25 juill. 1834, S.34.1.739.

conséquemment, sujettes aux peines prononcées par la loi contre ces sortes de crimes et délits[1]. »

1945. Il reste à parler des complices de ces soustractions. Nous avons posé le principe, dans notre nº 205, qu'il n'y a point de complices sans un délit principal à l'exécution duquel ils se rattachent. Ainsi, l'amnistie, en éteignant le crime, couvre nécessairement tous les adhérents à ce crime; ainsi, ceux qui ont aidé l'exécution d'un suicide sont à l'abri de toute poursuite, parce que le suicide n'est pas placé par la loi pénale au nombre des délits.

Il suit de là qu'en thèse générale, les soustractions commises entre époux et entre ascendants et descendants ne comportent point de complices aux yeux de la loi, car elles ne constituent ni crime ni délit; or, comment punir, à raison de leur coopération, ceux qui ont favorisé l'exécution d'un fait qui ne constitue point un délit?

Le Code pénal a formellement reconnu ce principe, et l'a appliqué à cette matière même. C'est ce qui résulte des termes du deuxième paragraphe de l'art. 380, ainsi conçu : « A l'égard de tous autres individus qui auraient recélé ou appliqué à leur profit tout ou partie des objets volés, ils seront punis comme coupables de vol. »

Ainsi la loi ne punit point, en général, les complices de la soustraction; elle restreint son incrimination à ceux qui ont recélé ou appliqué à leur profit tout ou partie des objets soustraits; elle rejette même implicitement la qualification de complices, car ce n'est pas à titre de complices qu'elle punit les recéleurs et ceux qui ont appliqué les objets soustraits à leur profit, c'est comme coupables de vol.

1946. Il résulte, en premier lieu, de ce texte, que les actes d'assistance, la coopération donnée au fait même de la soustraction par des individus autres que ceux énumérés dans l'article, échappent à toute action répressive : cette conséquence a été formellement reconnue par la Cour de cassation; l'arrêt de cette Cour est motivé « sur ce que, d'après l'art. 59 du

[1] Cass., 10 juin 1813, S.4. 366; Journ. du pal., t. 11, p. 431; et arr. Liége, 24 déc. 1823, S.7.280; Journ. du pal., t. 18, p. 288.

Code pénal, les complices d'un crime ou d'un délit suivent le sort de l'auteur principal, et qu'ainsi, s'il y a lieu à poursuite contre l'auteur principal, il y a pareillement lieu à poursuite contre les complices, sauf les cas où la loi en a disposé autrement; qu'aux termes de l'art. 380, les soustractions commises par les personnes désignées audit article, au préjudice soit des époux, soit des ascendants ou descendants, ne peuvent donner lieu qu'à des réparations civiles, et qu'il en serait de même à l'égard des complices de cette soustraction, si la loi n'en avait disposé autrement; mais que, dans le deuxième paragraphe de l'art. 380, le législateur ne s'en est pas référé, pour la poursuite et la punition des complices de ces soustractions, aux règles générales relatives à la complicité fixées par les art. 60 et suivants du Code pénal; mais qu'il est déclaré limitativement par ce deuxième paragraphe de l'art. 380, que tous autres individus qui auraient recélé ou appliqué à leur profit tout ou partie des objets volés, seraient punis comme coupables de vol, et qu'il n'est pas loisible aux tribunaux d'étendre les dispositions des lois pénales; que dès lors l'accusé ne pouvait être poursuivi par la voie criminelle, pour cause de complicité de la soustraction, même avec circonstances aggravantes, commise par la femme Gauthier au préjudice de son mari[1] » Un autre arrêt ajoute : « que, d'après le premier alinéa de l'art. 380, les vols commis par des enfants au préjudice de leurs pères ou mères ne peuvent donner lieu qu'à des réparations civiles; que, par suite du principe posé en l'art. 59, les complices de ces vols n'encourent en général aucune peine; qu'à cette règle, résultant de la combinaison de ces deux articles, il n'y a d'exception que celle qui est écrite dans le deuxième alinéa du même article 380, et qui fait cesser, à l'égard des recéleurs et de ceux qui appliquent à leur profit tout ou partie des objets volés, le bénéfice de la disposition contenue dans le premier alinéa[2]. »

1947. Mais une distinction doit être posée entre le recéleur et celui qui a appliqué à son profit les choses soustraites. Un arrêt décide : « que le deuxième paragraphe de l'art. 380, qui

[1] Cass., 15 avril 1825, Bull. n. 73.
[2] Cass., 1er oct. 1840, Bull. n. 292.

punit le recéleur, ne subordonne pas l'application de la pénalité à son égard à la condition qu'il se soit approprié les objets volés ; que loin de là elle distingue nettement deux cas où la pénalité peut être encourue par un tiers, le cas où il aurait recélé et le cas où il aurait appliqué à son profit tout ou partie des objets volés ; qu'il suit de là que le recel est par lui-même punissable dès qu'il est constaté : 1° que le tiers a détenu volontairement la chose volée ; 2° que cette détention a eu lieu de sa part sciemment, c'est-à-dire avec connaissance de l'origine frauduleuse de la chose [1]. » Cette solution n'est que l'application de la règle que nous avons posée n° 309, et qui veut que le recéleur soit punissable, lors même qu'il n'a pas profité de la chose qu'il a recélée [2]. La discussion du Conseil d'État vient confirmer ce point [3].

1948. Une autre distinction importante a été faite par la jurisprudence. Si l'immunité s'étend au complice, lorsque le mari ou la femme, l'ascendant ou le descendant, ou l'allié au même degré, est l'auteur principal de la soustraction, en est-il encore ainsi lorsque, parmi les auteurs de cette soustraction, se trouve une personne étrangère à la famille? Ce coauteur étranger est-il couvert pour cela seul qu'il agit de concert avec un parent de la victime? Et les complices de l'action, si le coauteur n'en jouit pas, peuvent-ils invoquer le privilége du parent? Cette question, diversement jugée par les Cours impériales et par la chambre criminelle [4], a été définitivement tranchée par un arrêt des chambres réunies de la Cour de cassation, qui dispose : « que si l'art. 380, en considération des rapports étroits qui unissent entre eux le mari et la femme, les ascendants et les descendants, a voulu que les soustractions commises par l'un des époux au préjudice de l'autre, par les enfants ou descendants au préjudice de leurs ascendants, et réciproquement par ceux-ci au préjudice de leurs enfants et descendants, ne donnent lieu qu'à des réparations civiles, une pareille exception ne saurait être étendue au delà des cas for-

[1] Cass., 2 janv. 1869, Bull. n. 1.
[2] V. tome 1er, p. 461.
[3] Locré, t. 3, p. 32, 119, 132 et 141.
[4] Cass., 12 avril 1844, Bull. n. 135.

mellement prévus par la loi ; qu'elle ne saurait, par suite, profiter à l'étranger qui, comme coauteur, aurait coopéré, en même temps que le conjoint ou l'un des parents au degré indiqué par la loi, à la perpétration du vol ; que cet étranger, ne se trouvant pas, en effet, dans le cas de se prévaloir des considérations morales qui, dans un intérêt de famille, ont désarmé la loi, reste nécessairement exposé aux conséquences légales de l'acte qu'il a commis et dont l'incrimination, en ce qui le regarde, ne saurait être écartée par la circonstance qu'un des auteurs de cet acte se trouve dans une position exceptionnelle et protégée ; que la condition du coauteur étranger restant ainsi en dehors des exceptions établies par l'art. 380 et continuant d'être réglée par le droit commun, il en doit être de même de la condition des complices qui, par l'un des moyens prévus par la loi, se sont associés à la perpétration du délit qui lui est imputé ; qu'en vain on se prévaudrait des dispositions du paragraphe final de l'art. 380 pour prétendre que les individus qui y sont indiqués, à savoir ceux qui auraient recélé et ceux qui auraient appliqué à leur profit tout ou partie des objets volés, sont les seuls qui peuvent être punis comme coupables de vol, à l'occasion des soustractions prévues dans l'art. 380 ; qu'en effet cette disposition, uniquement applicable au cas où les soustractions n'ont été commises que par les personnes indiquées dans le premier paragraphe de cet article, cesse de l'être lorsqu'un coauteur étranger, s'associant à la perpétration de ces actes, leur donne le caractère prévu par l'art. 379 et fait revivre à l'égard de ces complices les règles du droit commun [1]. »

1949. Telle est la jurisprudence actuelle de la Cour de cassation. Il importe, avant de l'examiner, de résumer avec précision les points qu'elle décide : 1° Si l'une des personnes désignées dans le premier paragraphe de l'art. 380 se fait assister, pour commettre l'une des soustractions prévues par cet article, d'un ou de plusieurs individus étrangers à la famille, ces individus, si d'ailleurs ils n'ont ni recélé ni appliqué à leur profit les effets soustraits, participent de l'immunité qui couvre l'action

[1] Cass. ch. réun., 25 mars 1845, Bull. n. 110.

elle-même et ne sont, comme complices, passibles d'aucune peine; 2° si ces complices ont coopéré à l'action, s'ils ont assisté le fils, le gendre, l'époux dans les actes qui l'ont consommée, s'ils peuvent par cette coopération être réputés coauteurs, la solution n'est plus la même; ils ne jouissent plus de l'immunité; ils sont considérés comme auteurs principaux, indépendants de leur coauteur, lors même qu'ils n'ont fait qu'assister celui-ci sans participer aux produits de la soustraction; 3° enfin les complices d'une soustraction ainsi commise par deux ou plusieurs personnes sont considérés exclusivement comme complices de celle de ces personnes qui n'est ni époux ni parent, et qui par conséquent ne participe d'aucune immunité; ils rentrent donc dans le droit commun et sont passibles des peines applicables au vol. Voilà la triple décision qui résulte de cette nouvelle jurisprudence, et que nous devons nécessairement apprécier.

1950. La première de ces règles n'est point en discussion; elle domine, à la vérité, les deux autres et les soumet implicitement à son influence; mais elle demeure cependant en dehors du débat. Il est peut-être utile seulement de relever en quelques mots une objection qui lui a été faite et qui résulterait d'une certaine contradiction dans les précédents arrêts. La Cour de cassation a reconnu que les complices peuvent être punis lorsque l'auteur principal est inconnu, en fuite ou décédé, ou lorsque, à raison de sa bonne foi, il n'est pas déclaré coupable. (*Voy.* nos 301 et 302.) Le sort des complices est donc indépendant du sort de l'auteur principal. Pourquoi donc n'en serait-il pas ainsi dans le cas prévu par l'art. 380? Pourquoi l'immunité qui protége l'auteur ne serait-elle pas purement personnelle et s'étendrait-elle à ses complices? La réponse est facile. Lorsque l'auteur principal est inconnu, fugitif, décédé ou excusable, le fait matériel du crime ne cesse pas de subsister. Qu'importe la présence ou la culpabilité de l'auteur? Un crime a été commis, tous ceux qui y ont participé sont responsables. Comment cesseraient-ils de l'être parce que celui qui a consommé le crime n'est pas en cause? Est-ce que la criminalité n'est pas attachée au fait lui-même? Mais il n'en est plus ainsi lorsque ce fait, par cela seul qu'il a été commis par un membre de la famille de la

victime, cesse d'être un fait criminel ; car c'est une règle vulgaire qu'il n'y a point de complices sans un fait principal auquel ils se rattachent. Si donc il n'y a point de crime, si l'action principale n'est pas punissable, il est évident que ceux qui ont participé à cette action ne peuvent être poursuivis. Car à quel titre le seraient-ils? à titre de complices? De quelle action seraient-ils complices? D'une soustraction que la loi ne répute ni crime ni délit, d'un fait qui n'est pas punissable? Comment donc pourraient-ils être punis? Les complices d'un crime amnistié, ceux d'un fait dont un arrêt d'absolution aurait écarté la loi pénale, ne sont-ils pas couverts par l'amnistie ou l'arrêt d'absolution? Mais il s'agit, dit-on, d'un privilége personnel qui ne doit protéger que les membres de la famille. C'est là qu'est l'erreur. L'art. 380 couvre la soustraction entière et non pas seulement les membres de la famille qui l'ont commise. Les étrangers ne sont considérés que comme des agents de ceux-ci, car ils n'agissent pas pour leur propre compte, mais pour le compte de l'époux ou du parent ; ils ne prennent pas pour eux, mais pour celui-ci ; il n'y a qu'un seul fait avec des instruments plus ou moins nombreux pour le commettre. Ce fait reste donc le même et ne peut être divisé tant qu'il n'y a qu'un intérêt. Il ne serait divisible, aux termes du deuxième paragraphe de l'art. 380, que si les agents employés par les parents ou l'époux agissaient pour leur propre compte et dans leur propre intérêt ; mais ce n'est pas là l'hypothèse où nous sommes placés. La soustraction n'est opérée qu'au profit d'un membre de la famille ; elle ne constitue dès lors aucun délit, elle ne peut avoir de complices.

1951. Nous arrivons à la seconde règle posée par la jurisprudence, celle que les arrêts des 12 avril 1844 et 25 mars 1845 ont introduite, et qui consiste à distinguer, dans l'application de l'art. 380, les complices et les coauteurs. Nous voudrions bien connaître, dans notre droit, quels sont les caractères distinctifs de ces deux classes d'agents. La loi, qui les a confondus dans la même incrimination et dans la même peine, ne s'est point occupée de tracer la ligne qui les sépare. A ses yeux même, les coauteurs sont souvent des complices, et on en trouve la preuve dans les termes de l'art. 60. Ceux qui ont

aidé ou assisté l'auteur de l'action dans les actes qui l'ont consommée ne sont-ils pas rangés au nombre des complices? Alors qu'est-ce donc que les coauteurs? Comment, lorsque plusieurs personnes prennent part à la fois à la même action, discerner ceux qui aident et ceux qui coopèrent, ceux qui assistent et ceux qui coagissent? Il est évident que la présence au crime ne suffit pas pour faire le coauteur, puisque le complice est celui qui assiste aux actes qui le consomment; il est évident que la participation à ces actes ne suffit pas encore, puisque le complice est celui qui aide à les accomplir. La différence qui sépare les coauteurs et les complices est en elle-même difficile à saisir; mais quand la loi, qui aurait dû peut-être l'établir, ne l'a pas fait, quand l'art. 59 n'a énuméré les uns et les autres que pour les assimiler, comment suppléer à son silence, comment tracer une ligne qu'il a effacée? Et quel est le but de cette distinction arbitraire et presque impossible dans la pratique? Il ne s'agit pas d'un degré de plus ou de moins dans la pénalité; il s'agit de la pénalité tout entière. Les complices et les coauteurs auront commis la même action avec la même intention et les mêmes circonstances: les premiers ne seront pas poursuivis, les autres seront condamnés; le premiers seront innocents, les autres seront coupables. Comment justifier cette différence? suffit-il donc d'appeler ces agents, les uns coauteurs, les autres complices, pour que leur criminalité soit différente? En admettant même, comme on l'a dit, qu'un coauteur soit « un complice plus intime et plus actif, » si la complicité n'est pas punissable, comment le deviendrait-elle par cela seul qu'elle serait plus active et plus intime? On a prétendu, il est vrai, que le coauteur s'approprie entièrement la soustraction à laquelle il participe et la fait sienne; c'est là le principal argument du réquisitoire présenté à la Cour de cassation: « lorsqu'il ne s'agit plus d'un complice, mais d'un coauteur, l'art. 59 devient sans application; dans ce cas, le sort de l'un n'est plus subordonné au sort de l'autre; chaque coauteur est responsable de son propre fait, car les crimes et délits étant indivisibles, et chacun des coauteurs l'ayant commis en totalité et non en partie, il doit être poursuivi et puni sans égard à la peine qui peut être encourue par son coauteur ou à l'immunité qui résulte pour ce

dernier de la loi. » On doit remarquer, d'abord, que cette indivisibilité de la coopération de chacun des coauteurs à une action commune n'existe pas d'une manière absolue, même en thèse générale, puisque les coauteurs ne sont point exempts de l'aggravation pénale que la qualité de l'un d'eux attache à l'action (V. n° 209), puisque les arrêts déclarent « que le coauteur d'un crime aide nécessairement l'autre coupable dans les faits qui consomment l'action, et devient par la force des choses légalement son complice [1]. » Mais ensuite cette indivisibilité peut-elle être invoquée dans l'hypothèse prévue par le premier paragraphe de l'art. 380? L'existence simultanée de plusieurs coauteurs suppose dans chacun d'eux un intérêt à peu près égal et personnel à la perpétration de l'action. Or, dans l'hypothèse d'une soustraction faite à la famille par un de ses membres, il n'y a qu'un seul individu qui ait intérêt à la soustraction, c'est le membre qui seul doit en profiter. Les personnes qui l'ont aidée, soit en la préparant, soit par une coopération active, ne sont que des agents. Il en serait autrement si ces agents devaient se partager la somme soustraite; ils agiraient dans un intérêt personnel, et cet intérêt, joint à l'acte de coopération, pourrait en faire des coauteurs. Mais nous supposons qu'ils ne doivent en tirer aucun profit, qu'ils ne font qu'aider, dans l'intérêt de l'époux ou du parent, une soustraction faite à la famille, qu'ils sont complétement désintéressés dans l'action. Comment dès lors pourraient-ils être considérés comme auteurs principaux? Ils ne sont que des instruments dans les mains du seul agent qui fût intéressé à la perpétration, et qui a fourni les moyens de la commettre, de l'agent pour le compte duquel l'action s'accomplissait. Dans la pensée du premier paragraphe de l'art. 380, on peut dire qu'il ne peut y avoir de coauteurs; il n'y a que des complices.

1952. Maintenant est-il possible de restreindre l'immunité aux membres de la famille et à leurs complices, sans l'étendre à leurs coauteurs? La loi romaine, qui supposait que tous les complices avaient profité de la soustraction, leur appliquait les peines du vol : *Placuit*, dit Ulpien, *eum qui filio, vel servo,*

[1] Cass., 9 juin 1848, Bull. n. 178; 24 mars 1853, Bull. n. 110.

vel uxori, opem fert furtum facientibus, furti teneri, quamvis ipsi furti actione non conveniantur[1]. Il en était ainsi, dans le même cas, à l'égard des coauteurs[2]. Dès que la soustraction avait été commise dans leur intérêt, dès qu'ils en avaient profité, ils en étaient responsables. Mais la loi n'avait pas prévu la coopération des tiers dans l'intérêt exclusif de l'époux ou du parent. Notre ancienne jurisprudence suppléa à cette lacune. Deux arrêts du parlement de Paris, des 19 avril 1698 et 12 juillet 1708[3], distinguèrent les individus qui prenaient part à la soustraction pour en tirer un profit personnel, et ceux qui se bornaient à assister l'auteur, membre de la famille, sans en tirer aucun profit : les premiers seuls étaient considérés comme coupables de vol. L'application de cette distinction dans la pratique est attestée par tous les auteurs qui ont écrit postérieurement à ces deux arrêts. « On fait, dit Jousse, une distinction entre les différents complices... on examine *s'ils ont pris des effets à leur profit particulier*, ou s'ils n'ont fait qu'exécuter les ordres de la veuve, du mari ou de l'héritier. Dans le premier cas, ils doivent être poursuivis par action de vol et punis comme voleurs; mais, dans le deuxième cas, on comprend que l'action doit être civilisée à leur égard avec celle de la femme, mari ou héritier[4]. » Muyart de Vouglans dit également : « Il paraît que l'on distingue, suivant notre jurisprudence, et avec raison, ceux de ces complices qui n'ont participé au vol que pour le profit particulier de la femme ou des héritiers qui les ont employés, de ceux qui ont appliqué quelques-uns des effets volés à leur profit particulier[5]. » Enfin Rousseaud de la Combe répond encore : « Quoique la veuve, enfants et héritiers ne puissent pas être poursuivis criminellement pour tels vols, ou recels, ou détournements, néanmoins leurs complices le peuvent être, s'ils ont pris des effets pour leur profit particulier; mais si, au contraire, ils n'ont fait qu'exécuter les ordres de la veuve, du mari, des enfants ou héritiers, en ce dernier cas

1 L. 36, Dig. de furtis.
2 L. 53, Dig. de furtis.
3 Rapportés par Augiard, t. 2, p. 82.
4 Traité de just. crim., t. 4, p. 194.
5 Lois crim., p. 283,

l'action doit être civilisée avec celle de la femme, du mari, des enfants et des héritiers [1]. »

1953. Voilà la source de l'art. 380 : le législateur n'a fait que recueillir une règle consacrée au XVIIe siècle et constamment appliquée depuis. Or sur quels motifs repose cette règle ? N'est-elle qu'un privilége arbitrairement institué ? Puise-t-elle au contraire son origine dans une saine appréciation des règles de l'imputabilité ? Nous avons dit que deux motifs principaux ont dicté l'immunité qui, après avoir été consacrée par le droit romain et par notre droit ancien, est venue prendre place dans l'art. 380. Le premier est l'intérêt de l'union de la famille, dans laquelle une poursuite, en divulguant ses secrets et ses divisions, jetterait le trouble et la haine. Le deuxième est le caractère même de la soustraction qui, commise entre les membres les plus proches d'une famille dont l'intérêt est commun, perd une partie de sa criminalité. Il n'est peut-être pas inutile d'insister ici sur ce dernier motif, car il a été vivement attaqué dans le réquisitoire qui a précédé l'arrêt des chambres réunies. « Évidemment, dit ce réquisitoire, la Cour d'assises des Bouches-du-Rhône a entendu consacrer la doctrine de quelques auteurs qui consiste à prétendre que la soustraction commise dans ces circonstances n'était pas la soustraction de la chose d'autrui, parce qu'entre époux, entre ascendants et descendants, il existe, sinon un droit de propriété, du moins un droit à la propriété les uns des autres qui, bien qu'il ne soit pas ouvert, exerce une certaine influence sur le caractère de la soustraction. Cette argumentation ne peut soutenir la discussion. » On peut répondre, d'abord, que c'est dans les législations mêmes qui ont établi le principe de l'immunité que se trouve, comme sa justification, l'idée que le réquisitoire attaque. Quel motif, en effet, donne la loi romaine pour ne pas poursuivre la femme qui a soustrait des effets à son mari ? C'est que la société conjugale l'a rendue en quelque sorte maîtresse de ces effets : *Quia societas vitæ quodam modo dominam eam faceret* [2]. Écoutons ensuite les anciens jurisconsultes : Jousse,

[1] Traité des matières crimin., p. 40.

[2] L. 1, Dig. de act. rer. amotarum.

en parlant du vol fait par un fils à son père, par une femme à son mari, dit : « Toutes ces personnes ont une espèce de droit sur la chose qu'elles prennent; ainsi, on ne les regarde pas comme voleurs [1]. » Muyart de Vouglans, le plus sévère de nos anciens criminalistes, dit aussi : « Dans tous les cas où l'on peut présumer que les soustrations ont été faites à d'autre intention que de voler, à cause de l'espèce de droit que ces sortes de qualités donnent sur la chose même que l'on soustrait, l'honnêteté publique ne permet pas de prendre la voie criminelle pour en obtenir le recouvrement [2]. » Serpillon répète en termes plus précis encore : « Ces vols ne sont pas qualifiés parce que les enfants ont un droit habituel dans les biens de leurs pères; ils ne les regardent pas comme biens d'autrui [3]. » Enfin notre législateur, en prenant à l'ancien droit l'art. 380, lui reprenait également la raison de cette exception, ainsi qu'on l'a vu dans les motifs qui ont été rappelés précédemment. Ainsi, il se trouve que cette argumentation, qui ne peut, dit-on, soutenir la discussion, a été, à toutes les époques de la législation, la raison déterminante de l'immunité qui protége les époux et les parents. Oh ! si elle devait être comprise comme l'a fait le même réquisitoire, si l'on voulait y voir l'allégation précise d'un droit actuel et véritable à la propriété, nous n'essayerions pas, en effet, de soutenir la discussion. Car que répondre à cette objection : « si la soustraction par un fils ou par un gendre à son père ou à son beau-père n'est pas un vol, si, dans ce cas, on a seulement soustrait sa propre chose, l'art. 380 était inutile; car, la loi ne punissant pas celui qui soustrait sa propre chose, ces personnes se seraient trouvées placées dans la règle générale. » Non, le fils et le gendre n'ont aucun droit réel sur les biens du père et du beau-père; mais est-ce là ce qui a été prétendu ? On a allégué seulement qu'il existait entre le mari et la femme, entre les ascendants et les descendants, un lien qui tend à confondre leurs intérêts dans un même intérêt; que la femme, le fils ou le gendre ont, non pas un droit actuel,

[1] Traité de just. crim., t. 4, p. 176.
[2] Lois crim., p. 283.
[3] Code crim., t. 2, p. 1513.

mais un droit éventuel à la propriété du mari ou de l'ascendant, et que, d'une part, cet intérêt commun de la famille, et, de l'autre, ce droit éventuel, modifient leurs rapports respectifs et abaissent, sans la détruire, la barrière qui divise les biens. C'est par ce motif qu'il a été admis par la jurisprudence que l'enfant a droit à la légitime, non point en se portant héritier, mais par sa seule qualité d'enfant. Mais il n'est pas même nécessaire d'invoquer ici cette sorte de droit éventuel, il suffit de constater le fait des relations intimes qui lient les époux ou les parents en ligne directe. Comment, quand il ne s'agit que d'apprécier la moralité d'une action, ne pas tenir compte d'une circonstance qui la modifie essentiellement? Qui oserait dire que le lien de la famille, que la communauté d'intérêts n'ont pas exercé une puissante influence sur la détermination de l'agent? Qui pourrait dire que cet agent, quand il commet une soustraction au préjudice de son époux ou de son père, est aussi coupable que s'il l'avait commise au préjudice d'un étranger? Ce n'est pas la chose d'autrui qu'il dérobe, c'est la chose de sa famille; elle ne lui appartient pas, mais elle appartient à son père, à son aïeul, à son mari; elle peut lui appartenir un jour. Il faut bien peu comprendre la moralité des actions humaines pour confondre celle qui prend sa source dans une idée qui n'est qu'erronée, et celle qui suppose la dépravation de l'idée. La soustraction entre époux ou entre parents n'est donc point un délit, et c'est avec raison que l'art. 380 ne l'a qualifiée que de simple soustraction. Ce n'est point une excuse que la loi a jetée aux coupables; elle les a justifiés : ils ne sont point coupables de vol; leur qualité et leur position ôtent à leur action une part de la criminalité.

1954. Maintenant il est évident que si cette soustraction n'a pas en elle-même les caractères d'un vol, la position non-seulement des complices, mais des coauteurs, doit être nécessairement modifiée. La loi distingue avec raison, comme l'avait fait l'ancienne jurisprudence, deux classes d'agents accessoires : ceux qui prennent part à la soustraction dans un intérêt personnel et pour en tirer profit, et ceux qui lui prêtent appui dans le but unique de favoriser l'époux, le fils ou le gendre, et sans aucune vue d'intérêt personnel. Il est évident que les

premiers, qu'ils soient coauteurs ou complices, sont coupables de vol ; ils s'emparent de la chose d'autrui ; l'accession du parent ou de l'époux ne change rien à leur action personnelle ; chaque agent est responsable de son propre fait : le 2e § de l'art. 380 réserve avec raison contre eux les peines du droit commun. Mais en est-il de même à l'égard des autres ? Quel est le but de ceux-ci ? uniquement de faire réussir la soustraction de l'époux ou du parent au préjudice de la famille ; ils n'ont aucun intérêt qui leur soit personnel ; ils ne sont que les aides, les instruments de cette action principale dans laquelle leur assistance, quelle qu'elle soit, vient se confondre. Si donc cette action n'est pas un vol pour l'auteur principal, comment deviendrait-elle un vol pour eux ? Si celui-ci n'a pas commis un délit, comment l'auraient-ils commis ? S'il a pu croire que la communauté des intérêts de la famille protégeait et autorisait en quelque sorte son action, comment les autres ne l'auraient-ils pas cru ? S'il s'est regardé comme le maître des biens dont il disposait, comment ceux-ci ne lui en auraient-ils pas reconnu la copropriété ? A leur égard, qu'était-ce autre chose qu'un membre d'une famille faisant usage d'un bien commun ? Et la preuve que telle était leur pensée, c'est qu'ils ont consenti à servir gratuitement d'instrument à cette soustraction, c'est qu'ils n'ont pas cru se compromettre en prenant le rôle de ses auxiliaires. Trouve-t-on des agents qui, sans intérêt personnel, consentent à devenir les complices d'un vol dont ils ne doivent pas profiter ? On pourrait même prétendre, avec quelque fondement, qu'ils sont moins reprochables ; car la femme et le fils doivent être retenus par l'affection qu'ils vont froisser, par l'honneur de la famille qu'ils vont ternir, et leurs auxiliaires sont libres de ces liens. Les premiers agissent dans un intérêt personnel et commettent la soustraction à leur profit ; les autres ne prêtent leur concours que par dévouement ou par complaisance et sans en partager les bénéfices.

1955. Deux objections toutefois ont été produites contre cette interprétation. On dit : vous couvrez de l'immunité tous ceux qui ont aidé la soustraction sans en appliquer quelque part à leur profit, et cependant celui qui n'aura fait que recéler les effets soustraits sera poursuivi. Et qu'est-ce que le recéleur,

sinon un complice? La réponse est d'abord que l'objection va plus loin peut-être qu'on ne voudrait; elle frappe à la fois sur les coauteurs et sur les complices; elle attaque la jurisprudence même de la Cour de cassation, puisque cette jurisprudence protége les complices. Mais la solution résulte du véritable esprit de l'art. 380 : en plaçant sur la même ligne et dans la même acception les recéleurs et ceux qui ont appliqué à leur profit une partie de la soustraction, ne peut-on pas penser que l'article fait peser sur les recéleurs la présomption qu'ils ont agi dans un intérêt personnel? Ensuite le recéleur, qui persiste à conserver la chose malgré les justes réclamations du propriétaire, n'est-il pas placé dans une situation nouvelle et distincte? N'y a-t-il pas quelque analogie entre cette situation et celle de l'agent qui a trouvé un objet et ne le restitue pas quand il est réclamé? La deuxième objection est celle-ci : l'homme qui, en réunion de plusieurs personnes, la nuit, au moyen d'effraction et usant de violences, commet une soustraction, ne sera pas puni si un fils ou un gendre de la victime est au nombre des agents et s'il n'a ni recélé ni appliqué à son profit les objets volés! Cette objection, qui s'applique encore aux complices aussi bien qu'aux auteurs, n'est pas tout à fait exacte : l'art. 380 ne couvre que le seul fait de la soustraction; toutes les violences qui seraient exercées sur les personnes, tous les bris et effractions qui seraient opérés sur les choses, rentrent dans le droit commun : il n'y a point d'immunité pour les voies de fait même entre parents.

1956. On pourrait élever des objections plus graves contre la nouvelle jurisprudence; il suffirait de saisir ses conséquences les plus prochaines. On ne parle plus ici de la contradiction qui consiste à déclarer les complices innocents et les coauteurs coupables. Mais pense-t-on que les jurés pourront saisir la différence qui sépare les coauteurs et les complices, différence insaisissable aux légistes eux-mêmes? et faudra-t-il que l'application d'une peine dépende uniquement d'une formule abstraite qui n'aura pas été comprise par les juges? Faudra-t-il que de l'insertion dans la question de l'un de ces mots *coauteurs* ou *complices*, lesquels ont la même signification, dépende le sort de l'accusé? Ensuite qu'est-ce qu'a voulu la

loi? C'est de maintenir l'union de la famille, c'est de jeter un voile sur ses désordres intérieurs pour ne pas les perpétuer; mais, en poursuivant le coauteur de l'époux ou du parent, ne publiez-vous pas la honte et la division de la famille? n'y jetez-vous pas nécessairement les querelles et la haine? n'allez-vous pas directement contre le but et l'esprit du législateur? ne détruisez-vous pas son bienfait? On répond : la loi réserve l'action civile, et l'action civile exige aussi la preuve des faits. Mais est-ce que le procès civil à le même éclat, le même retentissement, la même publicité que le procès criminel? Est-ce qu'il a les mêmes conséquences, est-ce qu'il entraîne les mêmes inflictions morales? Est-ce qu'il ne réserve pas à l'honneur de la famille les arbitrages et les transactions? La jurisprudence efface donc la prudente réserve de la loi; elle ébranle la famille que l'art. 380 avait voulu raffermir.

1957. Un dernier point subsiste dans l'arrêt que nous examinons : une troisième solution s'y trouve consacrée relativement aux complices qui seraient agglomérés autour des auteurs. Prenons pour exemple l'hypothèse où la soustraction aurait été commise par le fils et par un individu qui l'aurait aidé dans la consommation même; ce sont là, suivant la jurisprudence, deux coauteurs dont l'un est exempt de toutes peines et dont l'autre est punissable. Quel doit être le sort des complices qui ont préparé leur action commune? L'arrêt des chambres réunies décide qu'ils suivront le sort de celui des deux coauteurs qui est puni. Pourquoi le sort de celui-là plutôt que de l'autre? Parce que la présence du coauteur étranger fait revivre à l'égard des complices les règles du droit commun. Ainsi les complices sont punissables parce qu'il y a eu un coauteur; ils ne le seraient pas si le coautenr n'avait pas existé. Leur criminalité n'est pas dans leur participation à l'action, elle est tout entière dans la présence de ce tiers. Cette action, à la vérité, qu'elle soit commise hors de sa présence ou avec son concours, est absolument la même, elle a le même caractère, la même moralité. Peut-elle être affectée d'une manière quelconque par un fait qui tient uniquement à son exécution? Comment expliquer cette appréciation diverse du même acte, cette application contradictoire de la peine au

même fait? Et puis, quand les complices servent deux agents principaux, pourquoi se trouvent-ils fatalement liés au sort de l'un plutôt qu'au sort de l'autre? Les règles du droit commun revivent alors, dit-on ; mais l'art. 59, qui lie les complices aux auteurs, permet-il, quand l'exception n'est pas personnelle et qu'elle efface le délit même, de faire un choix parmi ceux-ci et de prendre celui-là seul qui doit être puni ?

1958. Il faut prendre garde, au surplus, que si les effets soustraits se trouvaient la propriété soit de l'époux, soit de l'ascendant ou du descendant qui a servi d'instrument à la soustraction, il n'y aurait plus, même dans ce cas, de vol punissable; car la chose n'aurait point été enlevée à l'insu et contre le gré du véritable propriétaire. Cette décision a été appliquéé par la Cour de cassation dans une espèce où la soustraction avait été commise par les mains du mari sur des effets mobiliers de la femme commune en biens. L'arrêt déclare « qu'il résulte des faits exposés dans l'acte d'accusation que l'auteur de la soustraction commise chez Jeanne Rocheden est le nommé Joseph Rolland, son mari ; que celui-ci étant autorisé, par les art. 1421 et 1422 du Code civil, à disposer des effets mobiliers de la communauté conjugale existant entre lui et sa femme en vertu du mariage, et cette communauté n'ayant été dissoute par aucune des manières légales déterminées par l'art. 1441 du même Code, il s'ensuit que ladite soustraction ne constitue aucun fait qui soit défendu par la loi ; que conséquemment elle ne peut être qualifiée crime ou délit ; qu'il s'ensuit, par une conséquence ultérieure, que la coopération audit fait de la soustraction imputée aux accusés, et dont ils ont été convaincus par le jury, ne peut non plus constituer une complicité punissable, d'après l'art. 59 du Code pénal, ni conséquemment donner lieu à l'application de la dernière partie de l'art. 380 du même Code, qui suppose évidemment le cas d'une soustraction défendue par la loi [1]. »

1959. Quelle est la peine applicable dans le cas du second paragraphe de l'art. 380? La Cour de cassation a jugé que cette peine était celle dont eût été passible la personne qui

[1] Cass., 6 juin 1816, S.5.200 ; Bull. n. 31.

a servi d'instrument à la soustraction, si cette personue n'en eût pas été exemptée. L'arrêt qui consacre cette décision porte « que, suivant le principe établi par l'art. 59 du Code pénal, le complice d'un crime est passible des peines qu'aurait encourues l'auteur, d'après la nature des circonstances aggravantes ; que, suivant l'art. 380, le complice par recélé du vol commis par la femme n'est pas admis à partager l'exemption de la peine accordée par cet article à la femme ; qu'ainsi, dans l'espèce, le demandeur déclaré complice par recélé pour avoir appliqué à son profit partie des effets du vol commis par la femme sur son mari, la nuit dans une maison habitée, a dû être puni de la reclusion que, sans le privilége à elle exclusivement personnel, la femme aurait encourue[1].

Nous avons réfuté d'avance le principe sur lequel repose cet arrêt. Les recéleurs et ceux qui appliquent à leur profit les objets soustraits entre époux ou entre parents en ligne directe, ne sont point punissables comme complices de ces personnes ; car celles-ci ne se rendent coupables d'aucun délit, et là où il n'y a pas délit, il n'y a pas de complices punissables. Ils sont, suivant les termes formels de l'art. 380, *coupables de vol*, c'est-à-dire qu'ils sont considérés comme auteurs principaux de la soustraction. Il suit de là qu'ils ne peuvent être responsables que des circonstances aggravantes auxquelles ils ont personnellement participé : en effet, comme complices, ils répondraient du fait des auteurs principaux ; comme auteurs principaux, ils ne répondent que de leurs propres faits. Ce n'est que par une sorte de fiction que l'art. 380 étend jusqu'aux recéleurs et à ceux qui profitent de l'objet soustrait la responsabilité de la soustraction ; cette soustraction a été matériellement faite par les mains d'un tiers ; mais ils l'ont connue, ils en profitent, il est juste que cette responsabilité pèse sur eux. Mais elle ne saurait aller au delà du fait même de la soustraction, car c'est le seul fait qu'ils se soient rendu personnel par le recel de la chose soustraite ; les autres circonstances de la soustraction, quoique concomitantes, leur sont étrangères ; ils peuvent les ignorer ; ils ne doivent pas en répondre. Ainsi

[1] Cass., 8 oct. 1818, S.5.536 ; J.P.14.1037.

les faits de recélé et de mise à profit des effets soustraits, prévus par le second paragraphe de l'art. 380, ne sont donc passibles que des peines du vol simple, quelles que soient les circonstances qui aient accompagné la soustraction.

§ IV. — *Application des trois règles. Vols simples.*

1960. Nous avons successivement examiné les trois éléments du délit de vol.

Nous avons vu quelles sont les conditions nécessaires pour qu'il y ait *soustraction* d'un objet, pour que cette soustraction soit frauduleuse, pour qu'elle soit réputée s'appliquer à la chose *d'autrui*.

Lorsque ces trois circonstances sont réunies, il y a vol; et lorsque aucun fait de nature à en aggraver le caractère ne concourt avec elles, le délit est qualifié *vol simple*.

Le vol simple est donc celui qui rentre purement et simplement dans les termes de l'art. 379, et dont nous nous sommes occupé jusqu'à présent. Les éléments qui le constituent se trouvent donc complétement définis.

Toutefois deux points restent à examiner : 1° quels sont les différents faits qui sont compris sous la qualification de vols simples ; 2° quelles sont les peines applicables à ces vols.

L'art. 401 du Code pénal est ainsi conçu : « Les autres vols non spécifiés dans la présente section, les larcins et filouteries, ainsi que les tentatives de ces mêmes délits, seront punis d'un emprisonnement d'un an au moins et de cinq ans au plus, et pourront même l'être d'une amende qui sera de 16 francs au moins et de 100 fr. au plus. Les coupables pourront encore être interdits des droits mentionnés en l'art. 42 du présent Code, pendant cinq ans au moins et dix ans au plus, à compter du jour où ils auront subi leur peine. Ils pourront aussi être mis, par l'arrêt ou le jugement, sous la surveillance de la haute police pendant le même nombre d'années. »

Ainsi que le déclare cet article, tous les vols que le Code pénal n'a pas spécialement caractérisés, tous ceux dont aucune circonstance aggravante ne modifie la nature, sont considérés et punis comme des vols simples. Nous n'entreprendrons point

de parcourir ici les nombreuses espèces de ces vols, cet examen sera fait dans le chapitre suivant; c'est, en effet, en examinant les diverses circonstances qui aggravent le caractère du vol qu'il y aura lieu de poser la limite qui sépare le vol simple du vol qualifié, et de discuter les différentes espèces où cette qualification peut soulever des difficultés.

1961. Mais que faut-il entendre par les *larcins* et les *filouteries* que l'art. 401 assimile au vol? Ce sont de véritables vols, qui diffèrent seulement par le mode de leur exécution. « Le vol diffère du larcin, dit Jousse, en ce que le larcin, à proprement parler, se fait par surprise ou industrie ou en cachette, au lieu que le vol se fait par force ou violence[1]. » Cette différence n'existe plus dans l'usage, on confond généralement le larcin avec le vol; seulement les mots de larcin et de filouterie qualifient plus particulièrement les vols exécutés en secret et par la ruse. Mais ce mode d'exécution n'exerce aucune influence sur les éléments constitutifs du délit; ces éléments sont ceux du vol, car ces différents faits sont placés sur la même ligne, placés dans la même section du Code, soumis à l'empire de la même définition. Le larcin et la filouterie ne peuvent donc, de même que le vol, exister que par une soustraction frauduleuse de la chose d'autrui.

Cette interprétation a été consacrée par la Cour de cassation. Elle a déclaré par un premier arrêt « que les délits prévus et punis par l'art. 401 du Code pénal sont : 1° les vols que n'accompagnent aucunes des circonstances aggravantes mentionnées dans les précédents articles du même Code; 2° les larcins et les filouteries; que les larcins et les filouteries sont des vols exécutés, ceux-là furtivement, ceux-ci par adresse; qu'aux termes de l'art. 379 du Code pénal, le vol est l'action de celui qui soustrait frauduleusement une chose qui ne lui appartient pas; qu'il s'ensuit nécessairement de cette définition qu'il n'y a pas de vol là où il n'y a pas soustraction, enlèvement d'un objet quelconque contre le gré du propriétaire[2]. » La même Cour a répété, avec plus de précision encore, dans un second

[1] Traité de just. crim., t. 4, p. 166.

[2] Cass., 7 mars 1817, S.3.294; J.P.14.119.

arrêt, « que la section 1re du chapitre 2 du livre 3 du Code pénal a pour objet les infractions qui doivent être réputées vols ; que le 1er article de cette section, qui est le 379e du Code, contient la définition du vol ; que dès lors ce terme n'est que l'expression abrégée de la définition donnée par la loi, et qu'il faut sous-entendre cette définition toutes les fois que le législateur emploie le mot de vol ; que les articles qui suivent le 379e, jusqu'à l'art. 400 inclusivement, énumèrent les différentes espèces de vols que le législateur a cru devoir spécifier ; que l'art. 401 a pour objets les autres vols non spécifiés dans cette section, les larcins et filouteries ; qu'il résulte de cette énumération que les larcins et les filouteries ne sont qu'une variété de vols, et que dès lors ils supposent, comme le vol simple, la soustraction frauduleuse de la chose qui n'appartient pas à l'auteur de la soustraction [1]. »

1962. C'est d'après cette règle qu'il a été jugé que l'individu qui se présente chez un marchand, achète différents objets, dit, au moment de payer, qu'il n'a pas d'argent sur lui, et qu'il passera le lendemain, et va vendre les objets qu'il n'a pas payés, n'est coupable ni de vol ni de filouterie, « attendu qu'il ne peut y avoir vol ou filouterie qu'autant qu'il y a soustraction frauduleuse de la chose d'autrui ; que le prévenu n'a point soustrait frauduleusement les objets qu'on lui reproche d'avoir filoutés ; que s'il en est devenu possesseur, c'est par l'effet de la vente à lui consentie par le marchand, et, par suite, de la confiance toute volontaire que lui a accordée ce dernier ; que dès lors, quelque répréhensible que soit le fait imputé au prévenu, ce fait ne rentre pas dans l'application de la loi pénale [2]. »

Il a été également décidé, dans une autre espèce, que le fait d'un individu insolvable d'acheter dans une foire des bestiaux payables comptant, et d'obtenir ensuite un terme pour le paiement, en faisant attester sa solvabilité par des personnes affidées, ne saurait constituer une filouterie, parce qu'il n'est point

[1] Cass., 9 sept. 1826, Bull. n. 180.

[2] Arr. Douai, 20 nov. 1829, Journ. du dr. crim., 1829, p. 324. Toutefois il serait difficile de ne pas apercevoir dans ce fait les caractères d'un autre délit, ceux de l'escroquerie.

accompagné de soustraction frauduleuse [1]. Et enfin la Cour de cassation a reconnu encore, en s'appuyant sur les mêmes motifs, que le débiteur qui, sous prétexte de réunir en un seul plusieurs billets, se les fait remettre par son créancier et lui rend un nouveau titre non signé, ne commet aucune filouterie [2].

1963. Cette jurisprudence a reçu de nouvelles applications qu'il importe de noter encore. Il a été décidé — que le fait de sortir d'un café sans payer la dépense qui y a été faite [3] et le fait de se présenter dans une auberge et de s'y faire servir un repas sans avoir les moyens et l'intention de le payer, ne constituent ni le vol ni par conséquent la filouterie, « attendu qu'on ne peut ranger dans la catégorie des vols, larcins et filouteries les faits qui ne rentrent pas dans la définition générale de l'art. 379, c'est-à-dire qui ne sont pas accompagnés d'une mainmise ou d'une soustraction directe; que l'art. 401, en effet, est inscrit au Code sous la section des vols; que les abus de confiance et les escroqueries y sont rangés sous la section 2, et que leur punition est soumise à des règles et conditions spéciales dont les tribunaux ne doivent pas s'écarter; qu'autrement on pourrait arbitrairement classer dans la catégorie des larcins et filouteries toutes les fraudes préjudiciables à la fortune d'autrui, encore qu'elles n'eussent ni le caractère de vol ni celui de l'abus de confiance et de l'escroquerie [4]; » — que le fait par un créancier d'avoir reçu de son débiteur le paiement d'une créance qu'il avait déléguée à un tiers ne peut être réputé filouterie, « attendu que les articles qui suivent l'art. 379, jusqu'à l'art. 400 inclusivement, énumèrent les différentes espèces de vol que le législateur a cru devoir spécifier; que l'art. 400 a pour objet les autres vols non spécifiés dans cette section, les larcins et filouteries, et qu'il résulte de cette énumération que les larcins et filouteries ne sont qu'une variété du vol, et que dès lors ils supposent, comme le vol simple, la soustrac-

[1] Cass., 20 mars 1824, S.7.423; J.P.18.552.
[2] Cass., 25 sept. 1824, S.7.537; J.P.18.1047.
[3] Cass., 20 fév. 1846, Bull. n. 54.
[4] Cass., 5 nov. 1847, Bull. n. 265.

tion frauduleuse de la chose qui n'appartient pas à l'auteur de la soustraction [1]; » — que le fait d'un avoué qui, à l'aide d'erreurs volontaires, d'exagérations et de double emploi, commis dans le règlement de ses honoraires et déboursés, s'est attribué une plus forte somme que celle qui lui revenait légitimement, ne peut être qualifié larcin [2]; — que le fait de dénier un paiement reçu et de refuser de livrer la chose vendue n'est point une filouterie, « attendu que, quelque indélicat et immoral que soit le fait, il ne saurait constituer la soustraction frauduleuse de la chose d'autrui [3]; » — que le fait du débiteur qui reçoit par erreur quittance de sa dette et qui refuse de rendre cette quittance ne doit point également recevoir cette qualification, « attendu que les larcins et filouteries sont qualifiés vols et sont en effet les soustractions effectuées par adresse, mais qu'ils ne doivent pas être confondus avec les faits par lesquels, en profitant dolosivement de l'erreur d'autrui, on s'attribue tout ou partie de la fortune d'un tiers [4]; » — que le fait de dissimuler une partie de la somme reçue pour exiger frauduleusement un second paiement de la portion dissimulée ne rentre pas non plus dans la classe des vols, lorsqu'il est constaté que la somme exigible avait été reçue et se trouvait déjà entre les mains de l'agent lorsqu'il en a fait disparaître une partie [5]. Mais on ne doit pas perdre de vue que si ces diverses fraudes et tromperies sont mal à propos qualifiées larcins et filouteries, elles peuvent, dans certains cas, rentrer dans la catégorie soit des escroqueries, soit des abus de confiance, et qu'il y a lieu dès lors d'examiner si elles ne revêtent pas les caractères de l'un de ces délits. Quant aux fraudes qui ne revêtent aucun caractère pénal, et qui constituent ce qu'on appelle des fraudes civiles, elles ne sont passibles que de restitutions et de dommages-intérêts : le législateur a pensé avec raison que l'action publique doit s'arrêter aux faits graves qui jettent une perturbation réelle dans

1 Cass., 6 nov. 1846, Bull. n. 286.
2 Cass., 4 sept. 1847, Bull. n. 210.
3 Cass., 15 nov. 1850, Bull. n. 385.
4 Cass., 25 août 1853, Bull. n. 423.
5 Cass., 22 janv. 1857, Bull. n. 33 ; 12 déc. 1850, Bull. n. 394.

les relations sociales, et que ce serait apporter des entraves dans ces relations et une gêne funeste dans le commerce que de l'étendre à des actes dont le caractère est douteux et ne se manifeste point avec évidence. C'est là l'esprit qui doit diriger l'exercice de cette action : il ne faut pas, en s'efforçant d'outrepasser les termes de la loi, essayer d'envelopper des faits qui n'y sont pas compris.

1964. L'art. 401 punit non-seulement les vols, larcins et filouteries consommés, mais encore *les tentatives de ces mêmes délits*. Aux termes de l'art. 3 du Code pénal, cette disposition était nécessaire pour que ces tentatives pussent être incriminées. Mais les peines ne peuvent être appliquées qu'autant qu'elles sont accompagnées de toutes les circonstances mentionnées en l'art. 2 du Code, et que ces circonstances sont constatées par le jugement [1]. (*Voy.* n° 267.)

1965. Les peines du vol simple étaient, sous la loi romaine, du double ou du quadruple de la chose volée, suivant que le vol était manifeste ou non manifeste [1]; dans notre ancien droit, elles étaient abandonnées à l'arbitraire du juge, avec cette seule restriction, ajoutée par la déclaration du 4 mai 1724, que les coupables ne pouvaient être *condamnés à moindre peine que celle du fouet et d'être flétris d'une marque* [2]. La loi du 10-22 juillet 1791 ne prononçait qu'un emprisonnement de six mois à deux ans. Le Code pénal a élevé le *maximum* de cette peine à cinq ans et a abaissé le *minimum*. En effet, l'art. 463 permet de réduire l'emprisonnement même au-dessous de six jours, et de substituer même à cet emprisonnement une amende de simple *police*.

Les peines de l'amende, de l'interdiction des droits civiques et la surveillance, prononcées par l'art. 401, sont purement facultatives ; dès lors les tribunaux doivent les réserver pour les cas graves où elles se trouvent en rapport avec le caractère du fait et la moralité de l'agent.

Nous terminerons ici notre examen des caractères généraux

[1] Instit. Pauli, lib. 2, tit. 31, § 13 ; Inst. de oblig. quæ ex del. nasc., § 19, l. 3, Dig. de furtis.

[2] Jousse, t. 4, p. 170.

et des éléments du vol simple. Nous avons posé les règles générales de cette matière, règles qui dominent toutes les variétés du vol, toutes les espèces même où son caractère se modifie par l'accession de faits étrangers et concomitants. Nous allons maintenant pénétrer dans le système répressif du Code, examiner la classification qu'il a faite de ces délits, et parcourir en les développant les différentes causes d'aggravation qu'il leur a assignées.

CHAPITRE LXIX.

DES VOLS QUALIFIÉS A RAISON DE LA QUALITÉ DE L'AGENT. — VOLS DOMESTIQUES. — VOLS DES AUBERGISTES ET VOITURIERS.

(*Commentaire des art.* 358, 368 *et* 387 *du Code pénal.*)

1966. Les règles générales expliquées dans le chapitre précédent s'appliquent à tous les vols, quelles que soient leurs circonstances.
1967. Système répressif du Code en matière de vol.
1968. Quatre classes de vols qui vont être examinés dans quatre sections distinctes.
1969. Énumération des vols qui sont qualifiés à raison de la qualité de l'agent.

§ Ier. — *Des vols des domestiques, hommes de service et ouvriers.*

1970. Disposition des lois anciennes sur cette matière.
1971. Dispositions du Code de 1791.
1972. Texte de l'art. 386 du Code pénal : motifs de l'aggravation pénale.
1973. A quelles personnes s'applique la dénomination de domestiques ou gens de service.
1974. L'individu qui est logé et nourri dans une maison et dont le salaire est fixé par jour doit-il être considéré comme domestique ?
1975. Faut-il étendre cette qualification aux commissionnaires des maisons de commerce, aux gardiens et concierges des maisons, à la femme qui vole un tiers dans la maison conjugale ?
1976. Faut-il l'étendre aux commis, aux secrétaires, aux clercs ?
1977. Dans quels cas cette qualité devient une cause d'aggravation. Cas où le vol est commis au préjudice de personnes étrangères.
1978. Cas où ces personnes ne se trouvaient pas dans la maison du maître.
1979. Cas où le maître est absent de sa maison.
1980. Cas où les personnes volées, n'ayant pas d'existence civile reconnue, ne sont pas désignées dans la poursuite.
1981. Cas où le vol est consommé en dehors de la maison du maître.
1982. Le § 3 de l'art. 386 doit être restreint aux soustractions frauduleuses et ne peut être étendu aux abus de confiance domestiques.
1983. Le domestique qui soustrait des objets appartenant à des tiers et qu'il transporte sur l'ordre de son maître, commet-il un vol domestique ?

§ II. — *Du vol des aubergistes et des hôteliers.*

§ III. — *Vols des voituriers et bateliers.*

1966. Nous avons défini le vol, nous avons établi ses caractères généraux et les éléments qui le constituent. Nous allons examiner maintenant ses différentes espèces et les circonstances qui le revêtent de ses qualifications diverses.

Une observation générale et qui domine toute cette matière, c'est que le vol, quels que soient les faits qui accompagnent sa perpétration, conserve la stricte application des règles qui viennent d'être posées : l'art. 379 s'étend à toutes les catégories de vol prévues par les articles qui suivent jusqu'à l'art. 401. Ainsi, soit que l'enlèvement d'une chose ait été commis par un domestique ou un voiturier, soit qu'il ait été commis avec effraction, escalade ou violence, soit qu'il ait eu lieu dans les champs, dans une maison ou sur un chemin public, cet enlèvement ne constitue un vol et ne peut être puni comme tel qu'autant qu'il y a eu soustraction frauduleuse d'une chose appartenant à autrui. Ces trois caractères inhérents au vol, quelles que soient les modifications qu'il reçoive, doivent donc être constatés dans toutes les poursuites, soit qu'il soit qualifié crime ou délit.

1967. Le système répressif du Code est fondé sur une double base. Le législateur a pris une première cause d'aggravation dans les circonstances qui dénotent dans l'agent une perversité plus grande, une audace plus coupable; c'est d'après ce principe que les vols commis de complicité, avec effraction, escalade ou fausses clefs, avec armes, menaces ou violences, ont été soumis à des qualifications distinctes. Mais à côté de cette cause d'aggravation la loi en a placé une autre dans l'abus d'une confiance nécessaire et dans la difficulté plus grande que l'on

trouve dès lors à s'en garantir : cette seconde règle a été appliquée aux vols commis par les domestiques, par les aubergistes, par les voituriers, et encore à ceux qui sont commis dans les champs et sur les chemins publics ; mais, toutefois, dans les cas où cette dernière règle a prévalu, l'action puise dans cette circonstance même une perversité plus grave. Ainsi ce n'est, en aucun cas, dans l'importance du préjudice causé par le vol, ce n'est même pas dans la gravité du trouble éprouvé par l'ordre public, que les circonstances aggravantes sont prises ; c'est dans des faits qui supposent un plus haut degré de criminalité dans la personne de l'agent, et qui rendent témoignage et de ses intentions et du péril qui en est résulté pour la victime : c'est le fait moral que le législateur a voulu atteindre plus encore que le fait matériel.

1968. Les vols sont qualifiés à raison de la *qualité* de leur *auteur*, du *temps* où ils ont été commis, du *lieu* de leur perpétration, enfin des *circonstances* qui ont accompagné leur exécution.

Les vols sont qualifiés à raison de la *qualité* de leur auteur, quand ils sont commis : 1° par les domestiques, hommes de service à gages, ouvriers, compagnons et apprentis ; 2° par les aubergistes et hôteliers ; 3° par les voituriers et bateliers.

Ils sont qualifiés à raison du *temps* où ils sont commis, quand ils sont exécutés *pendant la nuit*.

Ils sont qualifiés à raison du *lieu* de leur perpétration, quand ils sont commis : 1° dans les maisons habitées et leurs dépendances ; 2° dans les édifices consacrés aux cultes ; 3° dans les champs ; 4° sur les chemins publics.

Enfin, ils sont qualifiés à raison des *circonstances* qui ont accompagné leur exécution, quand ils ont été commis : 1° de complicité ; 2° avec effraction ; 3° avec escalade ; 4° avec fausses clefs ; 5° avec port d'armes ; 6° avec menaces ou violences ; 7° avec usurpation de titres ou de costumes, ou supposition d'ordre de l'autorité.

Nous allons successivement examiner ces quatre classes de vols dans autant de chapitres distincts : chacun de ces chapitres sera divisé lui-même en autant de paragraphes que chaque classe admet de qualifications différentes.

Nous commençons cet examen par les vols qui sont qualifiés à raison de la qualité de l'agent.

1969. Ces vols sont, dans le système du Code, de trois espèces :

Ceux qui sont commis par les domestiques, hommes de service à gages, ouvriers, compagnons et apprentis, ou par les individus travaillant habituellement dans l'habitation où le vol est commis ;

Ceux qui sont commis par les aubergistes et hôteliers ;

Ceux qui sont commis par les voituriers et les bateliers.

Ces trois espèces seront examinées dans trois paragraphes distincts.

§ Ier.

Des vols des domestiques, hommes de service, etc., et des individus travaillant habituellement dans l'habitation où le vol est commis.

1970. La loi romaine ne punissait pas les vols domestiques : *Servi ut filii nostri furtum quidem nobis faciunt, ipsi autem furti non tenentur* [1]. La même règle s'appliquait aux vols commis par les affranchis au préjudice de leurs patrons, par les mercenaires au préjudice de ceux qui avaient loué leurs travaux : *Si libertus patrono furtum fecerit, furti actio non nascitur* [2]. La raison de cette exception se puise dans l'organisation de la société domestique chez les Romains : chaque famille formait une véritable association des personnes et des choses, sous l'autorité et la direction du père de famille ; or, cette confusion de la propriété, cette communauté d'intérêts modifiaient évidemment l'action de l'agent, esclave, affranchi, client ou mercenaire, d'après la règle : *Credendum esse eum qui partis dominus est, jure potiùs suo uti, quàm furti consilium inire* [3].

[1] L. 17, Dig. de furtis.

[2] L. 89, Dig. de furtis. Il faut ajouter à ces textes la loi 11, § 1er, Dig. de pœnis : Furta domestica, si viliora sunt, publicè vindicanda non sunt. Nec admittenda est hujus modi accusatio, cum servus à domino, vel libertus à patrono, in cujus domo moratur, vel mercenarius ab eo cui operas suas locaverat, servi dominis, vel liberti patronis, vel mercenarii, apud quos degunt, subripiunt.

[3] L. 51, Dig. pro socio.

Cette exception devait nécessairement tomber avec les anciennes mœurs romaines et l'esclavage. On trouve dans les Établissements de saint Louis la définition et la peine du vol domestique [1] : cette législation comprenait sous le nom de *domestiques* tous ceux *qui sont au pain et au vin* de leurs maîtres; elle portait contre les coupables la peine de mort, à raison de *la trahison* dont leur action est entachée. Cette peine a continué d'être appliquée dans les cas les plus graves. Voët en fait la remarque à l'égard du pays où il écrivait : *Domestica furta quod attinet, quæ per famulos aliosve mercenarios committuntur, moribus hodiernis propter cavendi difficultatem severiùs in eorum auctores animadverti solet, si majoris momenti sint, ut ita supplicii gravitate magis absterreantur, qui proniorum furandi occasionem habent* [2]. Julius Clarus avait déjà fait la même observation et apporté le même témoignage : *Tales fures debent furcis suspendi tanquam grassatores seu famosi fures* [3]. Telle était aussi la jurisprudence commune en France [4], jurisprudence confirmée par l'art. 2 de la déclaration du 4 mars 1724, portant : « Le vol domestique sera puni de mort. »

1971. Le Code de 1791 atténua cette peine. L'art. 13 de la section 2 du titre 2 de ce Code est ainsi conçu : « Lorsqu'un vol aura été commis dans l'intérieur d'une maison par une personne habitante ou commensale de ladite maison, ou reçue habituellement dans ladite maison pour y faire un service ou travail salarié, ou qui y soit admise à titre d'hospitalité, la peine sera de huit années de fers. » La loi du 25 frimaire an VIII distingua entre les vols commis par les commensaux d'une maison et ceux commis par les domestiques; elle réduisit la peine dans le premier cas, si le vol avait été commis pendant le jour. L'art. 2 de cette loi portait : « Lorsqu'un vol aura été

[1] Hors quand il emble à son seigneur, et il est à son pain et à son vin, et il est pendable, car c'est matière de trahison ; et s'il a qu'il a fait le mechef, le doit par droit s'il y a justice en sa terre. Etabl. de saint Louis, liv. 1er, chap. 30.

[2] Ad Pand., tit. de furtis, § 19.

[3] § Furtum, num. 22.

[4] Jousse, t. 1, p. 202.

commis le jour dans l'intérieur d'une maison, par une personne habitante ou commensale de ladite maison, ou reçue, soit habituellement, soit momentanément dans ladite maison pour y faire un service ou un travail salarié, ou qui soit admise à titre d'hospitalité, la peine ne pourra être moindre d'une année, ni excéder quatre ans d'emprisonnement. Ne sont pas compris dans le présent article les vols commis par les domestiques à gages : lesdits vols seront punis de la peine portée en l'art. 3, 2e section, tit. 2 du Code pénal de 1791. »

1972. Ces textes ne sont point inutiles pour bien saisir le sens de l'art. 386 du Code pénal, lequel porte : « Sera puni de la peine de la reclusion tout individu coupable de vol commis dans l'un des cas ci-après... 3° si le voleur est un domestique ou un homme de service à gages, même lorsqu'il aura commis le vol envers des personnes qu'il ne servait pas, mais qui se trouvaient soit dans la maison de son maître, soit dans celle où il l'accompagnait; ou si c'est un ouvrier, compagnon ou apprenti, dans la maison, l'atelier ou le magasin de son maître, ou un individu travaillant habituellement dans la maison où il aura volé. »

Cette disposition diffère de l'article du Code de 1791, en ce qu'elle exclut de l'aggravation les simples habitants et commensaux de la maison, et les personnes qui y sont admises à titre d'hospitalité. Elle diffère également de l'art. 2 de la loi du 25 frimaire an VIII, en ce qu'elle confond dans la même peine les domestiques à gages et les personnes qui sont admises, soit momentanément, soit habituellement, dans la maison pour y faire un travail ou un service salarié.

Sous ce double rapport, et en s'écartant de ces deux législations, l'art. 386 n'a fait que constater ce principe, que si le vol domestique est puni plus rigoureusement que le vol simple, c'est à raison de la confiance nécessaire qu'a dû avoir dans l'agent la personne volée. Or, on conçoit parfaitement la nécessité de cette confiance entre le maître et les personnes qu'il introduit dans sa maison pour y faire un service habituel et salarié; mais il n'y a plus de confiance nécessaire vis-à-vis des commensaux de la maison, de ses locataires ou des personnes qui y sont reçues à titre d'hospitalité; cette confiance est, au

contraire, complétement libre, puisque le maître de la maison peut, quand il le veut, refuser de recevoir ces personnes.

L'art. 386 fait peser l'aggravation sur trois classes de personnes : les domestiques ou gens de service à gages, les ouvriers et les individus travaillant habituellement dans l'habitation où ils ont volé. Nous allons successivement rechercher, à l'égard de ces trois catégories d'agents, les caractères de la circonstance aggravante qui modifie le vol dont ils se rendent coupables.

1973. A l'égard des domestiques ou hommes de service à gages, une double question se présente. A quelles personnes s'applique cette dénomination ? Dans quel cas cette qualité est-elle une cause d'aggravation ?

L'art. 5 du titre 6 de l'ordonnance de 1670 distinguait les *serviteurs* et les *domestiques :* « Les serviteurs, dit Serpillon, sont les valets, les laquais, portiers, cochers, cuisiniers et autres d'un état semblable ; sous la qualité de domestiques sont compris ceux d'un état moins abject, comme les secrétaires, agents, maîtres d'hôtel et autres gens à gages[1]. » Farinacius étend cette dernière qualification à tous les inférieurs du maître, qui habitent dans la même maison : *Non solum iis quibus imperare possumus, ratione patriæ vel dominicæ potestatis, sed illis qui insimul habitant in eadem domo, dummodo habitent continuo, et sint cum aliqua inferioritate et superioritate respective*[2].

La loi ne sépare plus les serviteurs et les domestiques : cette dernière dénomination comprend les uns et les autres, c'est-à-dire tous les individus attachés au service de la personne ou de la maison. Quelques difficultés, toutefois, se sont élevées à ce sujet.

1974. On a demandé, en premier lieu, si l'individu qui est logé et nourri dans une maison, et qui y travaille à raison d'un salaire fixé par jour, doit être considéré comme domestique. La Cour de cassation a résolu affirmativement cette question, qui d'ailleurs présentait peu de doutes. Son arrêt porte « que l'accusé qui était logé et nourri dans la maison et y travaillait à

[1] Cod. crim., t. 1er, p. 468.
[2] Quæst. 155, num. 7.

raison de trois sous par jour, est prévenu d'y avoir commis un vol; qu'il est conséquemment prévenu du crime prévu par l'art. 386 du Code pénal, soit qu'on le considère comme un homme de service à gages, soit qu'on le considère comme un individu travaillant dans l'habitation; que, dans l'un ou l'autre cas, les maîtres de la maison ont dû lui accorder cette confiance qui a forcé le législateur à porter une peine plus sévère contre le serviteur à gages ou l'ouvrier à la journée, qui en a abusé au point de voler dans leur maison des effets confiés à sa foi [1]. » La même Cour a également décidé que celui qui a engagé ses services dans une auberge, sous les seules conditions d'y être nourri et logé et de partager avec les autres domestiques les libéralités des voyageurs, doit être considéré comme un domestique à gages [2]. La nourriture et le logement sont, en effet, de véritables gages, et la participation aux libéralités des voyageurs a le même caractère.

1975. Mais cette solution doit-elle être étendue à l'individu qui fait journellement, et moyennant salaire, un acte de ses fonctions dans la maison où il a volé? Cette question s'est présentée dans deux espèces. Un commissionnaire, habituellement employé aux commissions d'une maison de commerce, et recevant pour salaire le déjeuner qui se donne ordinairement aux commis, avait été renvoyé devant la Cour d'assises pour vol commis dans cette maison. Son pourvoi fut rejeté, « attendu que ces faits caractérisaient le crime prévu par le n° 3 de l'article 386 [3]. » Dans la seconde espèce, il a été jugé, au contraire, que le commissionnaire qui reçoit tant par mois, sans être nourri, pour faire des commissions n'est point un domestique à gages, « attendu, porte l'arrêt, qu'il n'avait aucune surveillance à exercer dans la maison, dans l'intérêt des personnes qui l'habitaient [4]. » Ces deux espèces paraissent différer en un point essentiel. Dans la seconde, le prévenu avait des fonctions indépendantes de son service, et il ne faisait qu'exer-

[1] Cass., 15 avril 1813, Journ. du pal., t. 11, p. 295.
[2] Cass., 28 mars 1807, J.P.5.765.
[3] Cass., 29 nov. 1811, J.P.9.741.
[4] Arr. Metz, 28 mai 1811, J.P.16.638.

cer dans la maison un acte de ses fonctions; il ne pouvait donc être qualifié domestique à gages. Dans le premier arrêt, ce même fait n'est point constaté, et dès lors la qualité de l'agent restait plus douteuse. Toutefois il nous semble que, dans l'un ou l'autre cas, il s'agissait moins d'un homme de service à gages que d'un homme chargé d'un travail habituel; mais alors les deux arrêts laissent un point incertain et que nous reprendrons plus loin, celui de savoir si le vol a été commis dans l'habitation où l'agent était employé à travailler.

La Cour de cassation a encore considéré comme devant être compris dans la qualification d'homme de service à gages, le novice embarqué sur un navire[1], le gardien d'un château[2]. On lit dans ce dernier arrêt « que, d'après l'énoncé du procès-verbal, du mandat de dépôt et des citations à témoins, le prévenu, concierge de l'infirmerie de la prison de Vitré, était en même temps gardien du château; que c'étaient des effets mobiliers dépendants du château confié à sa garde, qu'il était reconnu coupable d'avoir volés; que par conséquent ce vol était au nombre de ceux qui sont commis par des hommes de service à gages. » M. Carnot fait remarquer avec raison que cet arrêt n'énonce point que le gardien reçût des gages[3] : cette circonstance est essentielle pour l'existence de la qualité qui donne lieu à l'aggravation. Au reste, tous les gardiens et concierges de maisons rentreraient dans les termes de l'art. 386, par cela seul qu'ils seraient logés : le logement peut, dans ce cas, être considéré comme gage des services.

Mais nous ne saurions admettre, avec un arrêt de rejet de la Cour de cassation, qu'une femme puisse être considérée comme servant habituellement dans la maison de son mari, et soit dès lors passible de l'aggravation à raison du vol commis dans cette maison envers des personnes qui s'y trouvaient[4]. Cette aggravation n'est applicable qu'aux domestiques infidèles, qu'à ceux qui trahissent une confiance nécessaire : or la femme

[1] Cass., 11 oct. 1827, Bull. n. 261.
[2] Cass., 16 avril 1818, J.P.14.754.
[3] Comment. du Code pénal, t. 2, p. 287.
[4] Cass., 15 avril 1830, Journ. du dr. crim., t. 2, p. 274.

n'est point, dans la maison de son mari, à titre de préposée ou de personne de confiance ; elle y est à titre de maîtresse et de copropriétaire ; elle est dans sa propre maison, l'égale et l'associée de son mari. Ce n'est donc que par une extension évidente et déplorable des termes de la loi pénale que la peine aggravante résultant de la domesticité a pu lui être appliquée. Le § 4 était seul applicable, et la peine eût été la même.

1976. Faut-il étendre la même qualification aux commis, aux secrétaires, aux clercs ? La Cour de cassation a décidé « qu'un commis salarié est un homme de service à gages, que les rapports du maître et du serviteur ne sont pas changés par l'éducation plus soignée et la position sociale de ce dernier, plus relevée que celle d'un domestique ordinaire ; que ces avantages doivent le rattacher plus étroitement à ses obligations d'honneur et de fidélité[1]. « La même Cour a également jugé qu'un commis voyageur est un homme de service à gages, « attendu qu'un individu préposé par un marchand ou par une maison de commerce, soit pour la vente ou le débit des marchandises, soit pour tout autre service habituel relatif à leur commerce, ou qui reçoit un salaire pour ledit service, est un homme de service à gages[2]. » Enfin cette décision a encore été appliquée au commis d'un sous-préfet, salarié par ce fonctionnaire[3] ; aux clercs d'un huissier[4] ; aux commis de recette d'un négociant[5].

Il est difficile de ne pas voir dans cette interprétation une extension du texte de la première partie n° 3 de l'art. 386. Nous avons vu, il est vrai, que les anciens auteurs comprenaient, sous la dénomination de *domestiques*, les secrétaires, les précepteurs, les aumôniers et toutes les personnes qui, soumises à l'autorité du maître, vivaient dans la maison, *in eâdem domo*. Mais cette acception, dernier reflet du sens que la loi romaine avait donné au mot *domus*, a cessé d'être adoptée par l'usage. Les domestiques, les serviteurs, les gens de service à

[1] Cass., 7 janv. 1830, Journ. du dr. crim., t. 2, p. 92 ; 17 juill. 1829, *ibid.*, t. 1er, p. 276.

[2] Cass., 15 déc. 1826, Bull. n. 260.

[3] Cass., 14 fév. 1828, Bull. n. 33.

[4] Cass., 28 sept. 1827 et 27 mars 1829, Bull. n. 249, et Dall.29.1.202.

[5] Cass., 9 sept. 1825, Bull. n. 181.

gages ne comprennent, dans l'acception ordinaire de ces termes, que les personnes qui sont attachées *au service* de la personne ou de la maison; or les secrétaires, les commis, les employés ne sont point chargés de ce service; ils sont affectés à un service plus élevé et différent; leur position sociale et leur éducation ne permettent pas, dans le langage commun, de les assimiler aux serviteurs et aux gens de service. La loi a-t-elle du moins imposé cette assimilation? Son texte est muet; il y a plus: le deuxième paragraphe ajouté à l'art. 408 par la loi du 28 avril 1832 punit l'abus de confiance commis par un *domestique*, *homme de service à gages*, *élève*, *clerc* ou *commis;* les élèves, les clercs, les commis ne sont donc pas compris dans les termes de domestiques et d'hommes de service à gages, puisque le législateur a cru nécessaire de les énoncer à côté de ces termes; la première partie du n° 3 de l'art. 386 ne comprend donc pas les commis, les élèves et les clercs, puisque la loi rectificative qui les ajoutait à l'art. 408 ne les a pas énoncés dans le premier article.

Au reste, la question n'a pas tout l'intérêt qu'elle semble prendre à la première vue; car si les commis et les employés ne sont pas compris dans les termes de *domestiques* et d'*hommes de service à gages*, c'est-à-dire dans la première partie du n° 3 de l'art. 386, ils sont nécessairement compris dans la troisième partie de la même disposition, qui s'applique *à tout individu travaillant habituellement dans la maison* où il aura volé. Nous verrons plus loin les conséquences de cette distinction. Nous remarquerons seulement ici que la Cour de cassation elle-même a confirmé nos observations, en déclarant, dans une espèce relative au commis salarié d'un receveur municipal, « que le n° 3 de l'art. 386 s'applique à tout homme de service à gages, et au vol commis par tout individu travaillant habituellement dans l'habitation où le vol a été commis, et que l'accusé, en qualité de commis salarié, se trouve compris tout à la fois et dans la dénomination d'homme de service à gages, et dans celle d'individu travaillant habituellement dans l'habitation. » Ainsi la Cour de cassation, même avant la loi du 28 avril 1832, semblait douter de l'application aux commis salariés de la première partie du n° 3 de l'art. 386, et sentait le

besoin d'appuyer cette interprétation sur la troisième partie de la même disposition.

1977. Nous venons d'examiner à quelles personnes s'étend la qualification de *domestiques* et *gens de service à gages*. Il faut rechercher maintenant dans quels cas cette qualité devient une cause d'aggravation.

En règle générale, le vol domestique est celui qui est commis par les gens de service au préjudice du maître et dans sa maison. Ce n'est, en effet, que vis-à-vis du maître que le domestique est lié par une obligation plus étroite, et que sa culpabilité, en cas de vol, devient plus grave; et ce n'est que dans sa maison que le domestique est entouré d'une confiance nécessaire, et que tous les objets qui s'y trouvent sont livrés à sa foi. Cependant cette règle n'est point absolue, elle admet une double extension.

En premier lieu, l'art. 386 étend l'aggravation résultant de la qualité de *domestique* au voleur, *même lorsqu'il aura commis le vol envers des personnes qu'il ne servait pas, mais qui se trouvaient soit dans la maison de son maître, soit dans celle où il l'accompagnait.*

Ainsi le vol subit encore l'aggravation résultant de la domesticité, bien qu'il ne soit pas commis au préjudice du maître, et bien que les personnes qui en sont lésées ne se trouvent même pas dans la maison de celui-ci, pourvu d'ailleurs que l'agent accompagnât son maître au moment où il a volé. On peut donner pour motif de ces deux dispositions que, dans la maison du maître, tous les objets, qu'ils soient ou non sa propriété, doivent être également sacrés pour le domestique, puisque le maître en a la surveillance et qu'il en est responsable, et que, hors de sa maison, et lorsqu'il introduit son domestique dans une maison étrangère, il le fait participer à la même confiance que celle dont il jouit chez lui ; les obligations de ce domestique sont donc les mêmes.

Mais ces dispositions, par cela même qu'elles étendent la règle de responsabilité au delà de ses limites naturelles, doivent être strictement renfermées dans leurs termes : le vol domestique ne peut donc être commis hors de la maison du maître ou de celle où l'agent l'accompagnait. Ainsi le domes-

tique qui, envoyé par son maître dans une maison étrangère, y commet un vol; celui qui, l'accompagnant dans un lieu public, tel qu'un marché, y soustrait quelque chose, ces deux agents sont passibles, sans doute, des peines attachées au vol d'après ces circonstances, mais ne sont pas coupables d'un vol domestique. C'est dans ce sens que la Cour de cassation a jugé « que, d'après les dispositions expresses de l'art. 386, n° 3, le vol commis par un domestique, au préjudice de toute autre personne que son maître, n'a le caractère de vol domestique que dans le cas où il l'aurait commis soit dans la maison de son maître, soit dans celle où il l'accompagnait[1]. »

1978. Une difficulté toutefois est née à ce sujet. Le domestique qui soustrait, dans la maison même de son maître, des objets qui n'appartiennent pas à celui-ci, est-il passible de l'aggravation, lorsque la personne qui les y a déposés ne se trouve pas dans cette maison? La raison de douter est que l'art. 386, en parlant du vol commis par le domestique envers les personnes qu'il ne sert pas, semble supposer que ces personnes se trouvent dans la maison de son maître au moment du vol. Tel ne peut être le sens de la loi. Il faut distinguer, dans la première partie du n° 3 de l'art. 386, deux dispositions, l'une générale et absolue, qui punit sans distinction tout vol commis par un domestique ou un homme de service à gages dans la maison; l'autre qui ne prévoit qu'un cas particulier, celui où le vol est commis sur les personnes étrangères qui sont dans cette maison, ou dans la maison où il accompagnait son maître. Or, cette deuxième disposition, qui n'a eu d'autre objet que d'étendre la première à une espèce spéciale, ne peut avoir pour effet d'en restreindre la généralité. Le vol dans la maison du maître est donc, dans tous les cas, un vol domestique, quel que soit le propriétaire des objets volés, abstraction faite de la présence de ce propriétaire. Cette présence est une circonstance indifférente, elle n'atténue ni n'aggrave l'action du domestique : celui-ci n'a pu disposer des objets qu'il a soustraits que par suite de la confiance nécessaire qui était la conséquence de son service; il a donc trahi le devoir de sa position pour

[1] Cass., 13 fév. 1834, Bull. n. 49; 24 déc. 1825, Bull. n. 241.

commettre le vol; il est donc passible de l'aggravation. Telle est aussi l'interprétation que la Cour de cassation a consacrée, en déclarant « que la première disposition du nº 3 de l'art. 386 est générale et absolue ; qu'elle s'applique conséquemment au vol commis par un domestique de tous effets qui pourraient se trouver dans la maison de son maître, et n'y seraient pas sous la surveillance du propriétaire particulier de ces effets; que la seconde disposition du même article est une extension de la première; qu'elle attribue le même caractère de vol, qualifié crime, aux vols commis par un domestique dans la maison de son maître envers des personnes qui s'y trouvaient et pouvaient veiller elles-mêmes à la conservation de leurs effets, ainsi qu'aux vols que le domestique qui accompagne son maître dans une maison, y aurait commis envers les personnes qui se trouvaient dans cette maison [1]. »

1979. Est-il nécessaire d'ajouter que la présence même du maître dans la maison est indifférente à la qualification du vol? Cette qualification, en effet, ne se puise pas dans le défaut de surveillance du maître, elle se puise dans l'abus que fait l'agent de la confiance qui lui est accordée; or, cette confiance est plus grande encore quand le maître s'éloigne que lorsqu'il est présent. La Cour de cassation a donc pu décider « qu'il suffit que l'accusé soit domestique ou homme de service à gages dans la maison où il a commis le vol; que la première partie du paragraphe 3 de l'art. 386 n'exige pas que le maître de la chose volée se trouve dans la maison où l'un des domestiques l'aura volée; que c'est même pour le cas d'absence, où il se confie à la foi de ses domestiques, qu'il aurait besoin de trouver plus de secours et de sévérité dans la loi [2]. »

1980. Il importe peu, au reste, que la situation civile des maîtres soit, sous quelques rapports, illégale, par exemple qu'ils fassent partie d'une congrégation religieuse non autorisée, car le délit existe quelle que soit cette situation, et il n'est pas même nécessaire que les maîtres soient désignés, dès que

[1] Cass., 13 fév. 1819, J.P.15.87; 10 janv. 1823, *ibid.*, t. 16, p. 803; 7 juin 1832, Journ. du dr. crim., t. 5, p. 84.

[2] Cass., 20 août 1829, Journ. du dr. crim., t. 1er, p. 317.

le rapport de domesticité est certain ; c'est ce qui a été reconnu par un arrêt qui décide : « que la circonstance aggravante résultant de ce que le coupable était domestique ou serviteur à gages n'entraîne pas la nécessité de désigner nominativement les personnes volées ; qu'il suffit que les rapports de domesticité ou de service à gages entre le voleur et le volé soient reconnus, ce qui peut avoir lieu sans que le nom de la personne volée soit exprimé ; que le paragraphe 3 de l'art. 386, en frappant d'une peine plus sévère le voleur lorsqu'il est domestique ou homme de service à gages, n'a considéré ni le nom, ni la qualité, ni la position sociale, civile ou politique de la personne volée, ni la validité ou la nullité des conventions écrites ou verbales qui auraient pu exister entre cette personne et l'auteur du vol, mais uniquement le lien qui attachait le voleur à la personne volée et les relations qui en étaient la conséquence forcée ; qu'ainsi il n'est pas nécessaire que les noms, titres ou qualités des personnes volées soient énoncés dans la question soumise au jury [1].

1981. La règle qui restreint le vol domestique au cas où il est commis dans l'habitation du maître éprouve une seconde extension. Si le vol, en effet, est commis par le domestique au préjudice du maître, cesse-t-il donc d'être passible de l'aggravation, parce qu'il a été consommé en dehors de la maison? On objecte que l'article 386 suppose la perpétration du vol dans l'habitation ; qu'il a eu pour objet de protéger le foyer domestique, les objets qui sont laissés à la discrétion des gens de service ; que si, dans un seul cas, il a prévu la perpétration du vol hors de la maison, quand l'agent accompagne son maître dans une maison étrangère, il a pris soin d'énoncer ce cas particulier et de le formuler comme une exception. La réponse est dans les termes de l'article que nous avons déjà expliqués. Les mots : *si le voleur est un domestique ou un homme de service à gages, même lorsqu'il aura commis le vol envers des personnes qu'il ne servait pas...*, indiquent que lorsque le vol a été commis envers des personnes qu'il servait, c'est-à-dire au préjudice de son maître, la seule condition requise par la loi pour l'application de l'art. 386 est qu'il ait la

[1] Cass., 6 juin 1843, Bull. n. 191.

qualité de domestique. Nulle expression de cet article ne restreint dans ce cas la perpétration du vol dans l'intérieur de l'habitation. Cette condition est exprimée lorsque le vol est commis au préjudice d'une personne étrangère, ou lorsqu'il est commis par un ouvrier ou par un individu travaillant habituellement dans l'habitation; mais lorsque la soustraction est commise par un domestique et qu'elle est commise au préjudice du maître, la disposition est générale, elle incrimine le domestique dans tous les cas et quel que soit le lieu de la perpétration. Et, en effet, pour quel motif eût-elle distingué? Dès que c'est par un abus de la confiance dont il était investi que le domestique a commis le vol, qu'importe qu'il l'ait commis dans l'intérieur de l'habitation ou à l'extérieur? que la soustraction ait eu lieu dans la maison, ou, par exemple, dans une grange non dépendante de cette maison, ou dans les champs? Partout où il marche entouré de la confiance du maître, le crime est le même dès qu'il la trahit. Telle est aussi la doctrine de la Cour de cassation. Cette Cour a jugé, en effet, « que la deuxième partie du n° 3 de l'art. 386, toute spéciale pour les vols dont peuvent se rendre coupables, soit un individu travaillant habituellement dans l'habitation, soit l'ouvrier, compagnon ou apprenti, soit le domestique envers les personnes qu'il ne servait pas, est absolument restrictive, puisqu'elle n'est applicable à ces vols que lorsqu'ils ont eu lieu dans la maison du maître, ou dans la maison où le domestique l'accompagnait; que cette condition est essentiellement constitutive de la criminalité des vols, dans chacune de ces trois hypothèses, parce que la confiance de celui qui en a été victime envers leur auteur se trouvait elle-même limitée de plein droit aux lieux où elle a été trahie, et ne s'étendait pas nécessairement au delà; qu'au contraire la première partie de la disposition précitée est générale et absolue en ce qui concerne le domestique ou l'homme de service à gages, relativement à leur maître; qu'à leur égard, en effet, la confiance nécessaire de ce dernier est illimitée, et les suit partout où ils peuvent en abuser; que, par cette raison, le législateur n'a voulu ni dû admettre aucune distinction entre le cas où le vol par eux commis l'a été dans la maison de leur maître, et celui où il n'aurait eu lieu qu'au dehors; que le

vol dont le domestique ou le serviteur à gages se rend coupable au détriment de son maître constitue donc toujours un crime, n'importe en quel lieu se trouvent, lors de sa perpétration, les objets volés [1]. »

1982. Cette solution cependant suppose qu'un vol a été commis hors de la maison du maître; telle est aussi l'espèce de l'arrêt qu'on vient de lire. Mais nous ne saurions admettre, avec la Cour de cassation, que cette règle puisse être étendue à des fraudes qui n'ont pas le caractère d'une soustraction frauduleuse. Cette Cour, en effet, a jugé par de nombreux arrêts qui témoignent de la résistance que sa jurisprudence a rencontrée, que le domestique, le commis salarié, le secrétaire, le caissier, qui détournent et dissipent des sommes qui leur ont été confiées et qu'ils sont allés porter ou toucher au nom de leur commettant, commettent un vol domestique [2]. Les motifs sur lesquels s'appuient ces décisions sont de diverse nature. Tantôt la Cour de cassation déclare « qu'un maître ne remet pas à titre de dépôt ou pour un travail salarié les billets, effets et deniers à son domestique ou serviteur à gages; qu'en ce cas le maître ordonne *jure domini*, et le domestique s'acquitte d'un service à gages [3]. » Tantôt elle pose en principe « qu'on ne peut assimiler les serviteurs à gages aux mandataires dont parle l'art. 408 du Code pénal; que la confiance volontaire et limitée d'une opération déterminée par le mandant, accordée à ces derniers, est différente de la confiance nécessaire et générale que le maître est obligé d'accorder à son serviteur; que cette confiance nécessaire produit entre eux des rapports et des devoirs différents; que le serviteur représente le maître dans tout ce qui est relatif au genre de service auquel il l'emploie; que les deniers confiés aux mains du serviteur sont réputés dans les mains et dans la possession du maître; que ceux que

[1] Cass., 14 avril 1831, Journ. du dr. crim., t. 3, p. 299.

[2] Cass., 9 juill. 1812, S.4.150; J.P.10.558; 23 fév. 1821, J.P.16.401; 31 janv. 1822, Bull. n. 15; 24 janv. 1823, S.7.186; J.P.17.842; 15 déc. 1826, Bull. n. 260; 14 fév. 1828, Bull. n. 33; 7 janv. 1830, Bull. n. 2; 17 juill. 1829, Journ. du dr. crim., t. 1er, p. 276; 11 mai 1832, *ibid.*, t. 4, p. 131, etc., etc.

[3] Cass., 9 juill. 1812, cité *suprà*.

l'on verse dans les mains du serviteur sont réputés à l'instant même dans les mains du maître et lui sont immédiatement acquis ; que le serviteur ne peut se les approprier et en frustrer son maître, sans le priver par là de cette possession, et conséquemment sans les soustraire à son préjudice [1]. » Enfin, elle explique « que l'art. 408 s'applique seulement à ceux qui ont détourné ou dissipé des deniers ou effets qui ne leur auraient été remis qu'à titre de dépôt, ou pour un travail salarié ; que la prévention dont il s'agit ne peut rentrer dans la violation d'un dépôt ; qu'elle ne saurait se rattacher non plus aux autres faits de cet article, qui ne peuvent évidemment concerner ceux qui détournent et soustraient des effets dans une maison où ils travaillent habituellement, lesquels étant déjà compris dans le n° 3 de l'art. 386, ne peuvent point l'être dans l'art. 408, dont les expressions d'ailleurs excluent par elles-mêmes ce genre de détournement et de soustraction [2]. » Ces motifs sont de deux sortes : les uns tendent à prouver que l'abus de confiance domestique doit être puni des mêmes peines que le vol domestique; les autres ont pour but d'établir une fiction d'après laquelle le domestique qui détournerait des sommes qui lui auraient été volontairement remises commettrait une véritable soustraction de ces valeurs. Il est impossible d'admettre cette dernière proposition. Un abus de confiance ne peut devenir un vol par cela seul qu'il a pour auteur un commis, un préposé, même un domestique; ces deux délits ont leur caractère propre : l'abus de confiance consiste à détourner ou à dissiper ; le vol, à soustraire : or il est évident que si des objets sont remis à un individu quelconque, et qu'il les applique à son profit, il les détourne et ne les soustrait pas ; il est infidèle à la commission dont il a été chargé, il ne s'empare pas de ces effets à l'insu des propriétaires ; en un mot, il ne se rend pas coupable de la soustraction frauduleuse qui est un élément essentiel du vol, quelle que soit sa qualification. On objecte que le domestique représente le maître lui-même, d'où l'on conclut qu'en dissipant les deniers qu'il a dans les mains, il commet une vé-

[1] Cass., 17 juill. 1829, cité *suprà*.
[2] Cass., 24 janv, 1823, cité *suprà*.

ritable soustraction frauduleuse. On pourra en dire autant du mandataire qui représente le mandant, agit en son nom et l'oblige. Mais, en matière pénale, il n'est pas permis de substituer aux faits une fiction de droit; le domestique représente son maître vis-à-vis des tiers, il se confond avec lui dans les actes où il agit en son nom, mais en réalité il n'en reste pas moins une personne distincte, dont les intérêts sont divers, et par conséquent il ne peut soustraire une somme qui lui a été confiée; il ne peut que la détourner. Cette controverse, au surplus, a été fermée par le législateur. D'une part, il a considéré que l'abus de confiance, lorsqu'il est commis par un domestique, doit être puni, comme le vol, d'une aggravation de peine; d'un autre côté, il a proscrit, comme contraire à la nature des choses autant qu'aux principes du droit, l'assimilation de ces deux délits que la jurisprudence avait vainement tenté de faire. La loi du 28 avril 1832 a ajouté à l'art. 408 un deuxième paragraphe ainsi conçu : « Si l'abus de confiance prévu et puni par le précédent paragraphe a été commis par un domestique, homme de service à gages, élève, clerc, commis, ouvrier, compagnon ou apprenti, au préjudice de son maître, la peine sera celle de la reclusion. » Ainsi se trouve tarie une source féconde de discussions dans la pratique; ainsi se trouve proscrite une jurisprudence qui avait méconnu, dans une espèce aussi importante, l'un des éléments essentiels du vol; ainsi les deux délits du vol et de l'abus de confiance, un moment confondus, reprennent leurs caractères distincts et leurs conditions respectives de criminalité.

1983. On ne doit pas confondre avec cette hypothèse celle du domestique qui, chargé par son maître d'aller chercher ou de porter chez des particuliers des effets appartenant à ceux-ci, en aurait soustrait une partie. La Cour de cassation, appelée à prononcer sur ce fait, a décidé : « qu'une soustraction frauduleuse, faite par un domestique, d'objets qu'il transporte pour le compte de son maître, soit que celui-ci en soit le propriétaire, ou qu'il en soit responsable, rentre dans l'application du paragraphe 3 de l'art. 386, puisque dans l'un et l'autre cas il y a l'abus de confiance nécessaire, seul motif de la sévérité de la loi relativement aux vols commis par les domes-

tiques [1]. » Cette décision ne nous paraît pas fondée. La soustraction n'est point commise au préjudice du maître, car les objets soustraits ne lui appartiennent pas; la responsabilité qui pèse sur lui ne lui attribue nullement cette propriété; les tiers restent propriétaires, sauf leur recours. Or, si la soustraction est véritablement commise au préjudice de ces tiers, comme elle n'est commise ni dans la maison du maître, ni dans une maison où l'agent l'accompagnait, il s'ensuit qu'elle ne peut constituer un vol domestique [2]. D'un autre côté, elle ne peut être considérée comme un abus de confiance : le domestique n'a nullement trahi la confiance des particuliers auxquels appartenaient les objets; il n'avait reçu d'eux aucun mandat, aucune mission; vis-à-vis d'eux, la soustraction est un véritable vol commis frauduleusement et à leur insu. Le caractère de cette soustraction ne serait donc que celui d'un vol simple.

1984. On ne doit voir également ni un abus de confiance ni un vol domestique dans le détournement qu'un serviteur à gages a commis d'une somme d'argent qu'il a reçue de son maître pour acheter les provisions de sa maison, lorsque d'ailleurs il a réellement procuré ces provisions. Il n'y a pas de vol domestique, car ce vol suppose nécessairement un préjudice causé soit au maître, soit aux personnes de sa maison. Or, où serait ce préjudice? Le domestique s'est approprié l'argent des fournisseurs, mais non celui de son maître; il a trompé les premiers, il n'a point été infidèle à celui-ci; il n'est donc pas coupable de vol envers lui. Il n'y a pas non plus d'abus de confiance; car il a rempli le mandat qu'il avait reçu, il a fourni les provisions qu'il avait ordre de fournir; s'il a détourné les sommes destinées à les payer, ce n'est point au préjudice du mandant, qui n'avait point contracté avec les fournisseurs, et qui n'est point responsable de la mauvaise foi de son domestique. Le seul délit que ce fait puisse caractériser, en supposant d'ailleurs qu'il ait été précédé des manœuvres frauduleuses qui sont l'un de ses éléments, est le délit d'escroquerie.

[1] Cass., 9 oct. 1812, S.4.198; J.P.10.739.
[2] V. en ce sens Legraverend, t. 2, p. 136.

Telle a été aussi, dans cette espèce, l'opinion de la Cour de cassation [1].

1985. Nous avons achevé d'exposer les caractères généraux du vol domestique commis par les serviteurs et les gens de service à gages. Ce vol est de deux espèces, suivant qu'il est commis au préjudice des maîtres, ou au préjudice d'autres personnes que les maîtres, et, dans ces deux cas, ses caractères sont différents. Dans la première hypothèse, le vol subsiste avec sa qualification, en quelque lieu qu'il soit commis, pourvu qu'il soit le résultat d'une soustraction frauduleuse. Dans le deuxième cas, au contraire, la condition essentielle de son existence est qu'il soit commis dans la maison même du maître, ou dans celle où le domestique accompagnait ses pas.

1986. La deuxième espèce du vol domestique comprend celui qui est *commis par un ouvrier*, *compagnon ou apprenti*, *dans la maison*, *l'atelier ou le magasin de son maître*.

Cette aggravation existait également dans notre ancien droit : « Les compagnons et apprentis, dit Jousse, qui volent le maître chez qui ils demeurent, doivent aussi être regardés comme voleurs domestiques, et il en est de même des jardiniers, vignerons, valets de labour et autres qui volent leurs maîtres [2]. »

Deux circonstances doivent concourir pour l'existence de l'aggravation : il faut que le vol ait été commis par un ouvrier, *compagnon ou apprenti*, et qu'il l'ait été dans la maison, l'atelier ou le magasin du maître.

La qualité d'*ouvrier*, de *compagnon* ou d'*apprenti*, est, comme celle de *domestique* ou d'*homme de service à gages*, dans la première partie du n° 3 de l'art. 386, la condition essentielle de l'aggravation. Des rapports nécessaires de confiance s'établissent entre le maître et ses ouvriers ; ils sont admis dans la maison à raison de leurs travaux, et ces travaux habituels rendent impossible toute précaution à leur égard. Donc, si l'un d'eux profite de cette confiance pour commettre un vol dans la maison de son maître, son délit s'aggrave de toute la

[1] Cass., 22 janv. 1813, S.4.264 ; J.P.11.63.

[2] Traité de just. crim., t. 4, p. 203.

trahison dont il se rend coupable. Il est donc nécessaire que l'arrêt de condamnation constate cette qualité, base principale de l'aggravation de la peine.

La deuxième condition est que le vol ait été commis *dans la maison, l'atelier ou le magasin du maître*. La raison de cette restriction est que la confiance de celui qui a été victime du vol envers son auteur, se trouve elle-même limitée de plein droit aux lieux où elle a été trahie, et ne s'étend pas nécessairement au delà. La Cour de cassation a consacré cette règle, en décidant, par de nombreux arrêts, que l'omission de cette circonstance dans les questions soumises au jury emporte nécessairement la nullité de la condamnation [1].

1987. Mais que faut-il entendre par *la maison, l'atelier* ou *le magasin du maître ?* Il faut entendre l'atelier, le magasin, la maison où les ouvriers sont employés ou travaillent habituellement. Cela résulte d'abord du texte même de la loi, qui limite son application aux vols commis soit dans la maison, soit dans le magasin, soit dans l'atelier, et non pas dans ces trois endroits cumulativement. Cela résulte ensuite de son esprit, puisque c'est seulement au lieu du travail habituel que la confiance du maître est nécessaire ; sous ce rapport l'ouvrier diffère du domestique : le service de ce dernier peut l'appeler dans toutes les parties de la maison, dans tous les magasins et ateliers de son maître ; le travail de l'ouvrier l'attache à l'atelier, au magasin, à la maison où il est occupé ; la qualité du premier le suit partout ; la qualité du second n'existe vis-à-vis du maître que dans les lieux où il travaille habituellement. Cette règle a été reconnue par la Cour de cassation, qui a déclaré, par un premier arrêt, « que, d'après l'art. 386, pour que le vol commis par un ouvrier travaillant habituellement dans la maison de l'individu volé soit passible de la reclusion, il faut qu'il ait été commis dans la maison de cet individu, où l'ouvrier travaillait habituellement [2] ; » et par un deuxième arrêt :

[1] Cass., 22 nov. 1811, S.3.428 ; J.P.9.717 ; 11 avril 1822, S.7.32 ; J.P. 17.252 ; 29 oct. 1830 ; Journ. du dr. crim., t. 3, p. 107 ; 24 mai 1832, S.32. 686 ; Journ. du dr. crim., t. 4, 133 ; 21 janv. 1836, *ibid.*, t. 8, p. 231 ; 15 juin 1860, Bull. n. 136 ; 1er juin 1865, Bull. n. 120.

[2] Cass., 11 avril 1822, S.7.52 ; J.P.17.252.

« qu'aux termes du même article, les ouvriers, compagnons, apprentis ou individus travaillant habituellement dans une habitation, ne sont passibles des peines qui y sont portées, qu'autant que le vol a été commis dans l'atelier, le magasin, la maison où ils étaient employés ou travaillaient habituellement [1]. »

1988. Ainsi les ouvriers qui viendraient pendant la nuit dépouiller le toit de l'atelier où ils travaillaient, du plomb qui le recouvre, ne rentreraient pas dans les termes de cet article ; car ce vol n'est pas accompagné de la circonstance de la perpétration du vol dans la maison où les accusés travaillaient habituellement ; et cette perpétration n'est pas une suite de la confiance qui leur avait été accordée comme une conséquence de leur travail habituel [2].

Ainsi l'ouvrier qui serait déclaré coupable d'avoir commis le vol *dans le domaine* de son maître ne serait point passible de l'aggravation ; en effet, suivant les termes d'un arrêt : « de cette réponse du jury il ne résulte pas suffisamment la preuve que le vol ait été commis par le demandeur dans la maison de son maître ; qu'un domaine se composant non-seulement des bâtiments, mais encore des terres qui en dépendent, le jury, en déclarant que le vol dont il s'agit avait eu lieu dans le domaine du maître, n'a point déclaré d'une manière claire et précise que c'était dans la maison ou ses dépendances que ce même vol avait été consommé [3]. »

Ainsi, enfin, l'ouvrier qui commet le vol hors de l'atelier où il travaille, mais dans la maison qui est annexée à cet atelier, ne commet pas un vol domestique. Telle est la conséquence rigoureuse de la règle que nous avons posée. La Cour de cassation a été, dans cette espèce, infidèle à cette règle, en déclarant : « qu'il suit des termes de l'art. 386, nº 3, que la peine qu'il prononce n'est pas bornée aux vols commis par les ouvriers, compagnons ou apprentis, dans les ateliers où ils travaillent, mais qu'elle s'étend encore aux vols commis par ces mêmes in-

[1] Cass., 29 oct. 1830, Journ. du dr. crim., t. 3, p. 107 ; 22 juill. 1847, Bull. n. 155.

[2] Cass., 11 avril 1822.

[3] Cass., 24 mai 1832, S.32.1.686.

dividus dans la maison de leurs maîtres[1]. » Cet arrêt est évidemment contraire aux précédentes décisions de la Cour. Nous avons vu en effet, et la Cour de cassation a confirmé cette règle, que la circonstance du lieu de la perpétration du vol n'était aggravante qu'autant que ce lieu était celui où l'agent travaillait habituellement, soit que ce fût la maison, le magasin ou l'atelier, suivant les termes mêmes de l'article. Si l'ouvrier travaille habituellement dans un atelier distinct de la maison, c'est donc seulement aux vols commis dans cet atelier que s'applique l'article. Hors de cet atelier, en effet, sa qualité ne lui donne plus le droit de s'introduire, ou s'il pénètre dans la maison, c'est par la tolérance du maître, et non plus par la nécessité de son travail; la confiance qui l'entoure est purement volontaire, elle n'est plus nécessaire.

1989. La question s'est élevée de savoir si le vol commis par un détenu dans l'atelier d'une prison peut être assimilé au vol commis par un ouvrier dans l'atelier de son maître. La négative est évidente ; et c'est aussi dans ce sens que cette question a été résolue par la Cour de Paris[2] : « L'art. 386, a dit cette Cour, s'applique au cas général où il s'agit d'un vol commis par un ouvrier qui est libre de sa volonté comme de sa personne, et où il se forme dès lors de la part du maître une confiance naturelle dont le législateur a voulu réprimer l'abus. La position de l'accusé et ses antécédents étaient un motif qui excluait cette confiance, et une raison particulière pour l'entrepreneur de redoubler de surveillance à son égard. On ne peut pas établir parité de peine là où il n'y a pas parité d'espèce et de position. » Nous ajouterons que l'entrepreneur des travaux de la prison n'est point un maître dans le sens de la loi : il n'en exerce ni l'autorité ni le patronage; il n'existe aucune espèce de contrat ni de quasi-contrat entre lui et les détenus; ceux-ci ne sont donc soumis vis-à-vis de lui à aucune obligation spéciale de nature à aggraver le vol qu'ils commettent à son préjudice.

1990. Nous terminerons ce qui concerne les vols commis par les ouvriers dans leurs ateliers, en faisant remarquer que

[1] Cass., avril 1830, Journ. du dr. crim , t. 2, p. 234.
[2] Paris, 12 mai 1835, Journ. du dr. crim., 1835, p. 123.

la loi n'a point exigé, comme elle l'a fait pour les domestiques, que la chose volée soit la propriété du maître : il suffit que cette chose ait été soustraite dans la maison, le magasin ou l'atelier où l'ouvrier travaillait habituellement; la confiance dont il jouit dans ce lieu de travail doit protéger tous les objets qui s'y trouvent, qu'ils soient au maître ou aux compagnons de ses travaux. Mais cette responsabilité ne s'étend qu'à ce seul lieu : le vol commis par l'ouvrier en tout autre endroit, et, par exemple, dans une maison particulière où il aurait accompagné son maître pour y confectionner momentanément des travaux, ne serait pas un vol domestique, car il ne faut pas confondre tout endroit où il exécute ses travaux avec la maison, l'atelier ou le magasin du maître; ce n'est que dans l'un de ces lieux que le vol prend une criminalité plus grave. Il faut décider, par le même motif, que l'individu qui reçoit des matières premières pour les travailler à son domicile et y être payé, non à la journée, au mois ou à l'année, mais suivant la quantité des matières qu'il a façonnées, et qui dérobe tout ou partie de ces matières, ne commet point le vol prévu par l'art. 386 : en effet, ainsi que l'a remarqué la Cour de cassation, « cet individu ne peut être qualifié ni domestique, ni homme de service à gages, ni ouvrier, ni compagnon, ni apprenti de celui auquel il loue non pas son temps, mais seulement l'emploi libre de son industrie pour l'exercer dans son propre domicile[1]. » Il faut ajouter que c'est surtout parce qu'il l'exerce dans son domicile, c'est-à-dire hors de l'atelier ou de la maison de celui qui lui fournit du travail, que l'aggravation résultant de la qualité d'ouvrier ne lui est pas applicable. Indépendamment de ces deux motifs, le détournement dont il s'agit ne constituerait pas un vol, puisqu'il n'y a pas de soustraction frauduleuse; on ne pourrait donc le considérer que comme un simple abus de confiance. Il faut ajouter encore que les éléments de l'aggravation pénale, lorsqu'ils sont soumis au jury, doivent être exactement séparés du fait principal. Il y aurait, par exemple, nullité si la question relative au vol se trouvait compliquée soit du fait que ce vol a été commis dans un atelier, soit du fait que le coupable

[1] Cass., 16 mars 1837, Bull. n. 82.

était ouvrier dans cet atelier : ces deux éléments de l'aggravation doivent être posés séparément[1].

1991. La troisième espèce de vol domestique consiste dans les soustractions qui sont commises par un individu *travaillant habituellement dans l'habitation où il aura volé.*

Les deux conditions nécessaires pour rendre applicable l'aggravation de la peine aux vols commis par les ouvriers s'étendent également à ceux-ci : en conséquence, il faut que le vol soit commis *par un individu travaillant habituellement* dans une maison, et qu'il soit commis *dans l'habitation* même où il travaille.

L'art. 13 de la section 2 du titre 2 du Code de 1791 élevait à huit années de fers la peine du vol commis dans l'intérieur d'une maison par *une personne étant habitante ou commensale de ladite maison, ou reçue habituellement pour y faire un service ou travail salarié, ou qui y était admise à titre d'hospitalité.*

Notre Code n'a point conservé la partie de cette incrimination relative aux habitants ou commensaux de la maison, et à ceux qui y sont admis à titre d'hospitalité. Ainsi celui qui commet un vol dans une maison dont il est l'un des locataires, ou dans laquelle il prend habituellement ses repas, ou dont on lui a accordé même gratuitement l'habitation, n'est point compris dans les termes de la loi ; ils ne s'appliquent qu'à ceux qui travaillent habituellement dans la maison. Mais quel est le sens de ces expressions?

1992. L'objet de la loi est, dans ce troisième paragraphe du n° 3 de l'art. 386, de même que dans les deux premiers, de punir plus sévèrement le vol à raison de la confiance que la personne volée a été forcée d'accorder au voleur. Or cette confiance est purement volontaire à l'égard du locataire, de l'hôte qu'on reçoit habituellement, de l'individu auquel on accorde l'hospitalité. La position de ces personnes changerait-elle par cela seul qu'au lieu de vivre oisives dans la partie de la maison qui leur a été louée ou prêtée, des personnes y travailleraient habituellement pour leur propre compte? Il est évident que la

[1] Cass., 15 juin 1860, Bull. n. 136.

confiance dont elles jouissent ne change pas de nature, qu'elle conserve la même base et les mêmes conditions, qu'elle reste libre et volontaire. Les termes de l'article doivent donc être restreints à l'homme qui, appelé dans une maison pour y travailler habituellement pour le compte du maître de la maison, y commettrait un vol. La confiance est forcée dans ce cas; car, pour exécuter les travaux qui lui sont nécessaires, il faut bien que le maître de la maison prenne les individus que leur profession rend propres à ces travaux. Il a donc besoin d'une garantie plus forte, et ceux qu'il reçoit doivent être soumis à une responsabilité plus grave.

1993. Il faut qu'il y ait travail habituel : un travail momentané n'exige aucune précaution extraordinaire en faveur de celui qui le fait faire; il peut prendre des mesures de surveillance; ce n'est que l'habitude qui, en rendant ces mesures impossibles, crée des obligations réciproques, et fait peser sur l'agent une responsabilité plus efficace lorsqu'il abuse avec plus de perfidie de la confiance qui lui est donnée. Les signes d'un travail habituel sont néanmoins difficiles à constater. Est-il nécessaire, pour reconnaître au travail ce caractère, que la personne s'y livre tous les jours? Est-il nécessaire qu'elle ait travaillé le jour même où le vol a été commis? La Cour de cassation a résolu négativement ces deux questions, en déclarant : « que cette distinction est contraire à l'art. 386, qui place au rang des crimes le vol commis par un individu travaillant habituellement dans la maison où il aura volé, sans exiger ni qu'il y fît un travail continuel et sans interruption, ni qu'il y eût fait le vol le jour même où il était admis à travailler dans ladite maison[1]. » Cette double solution nous semble conforme à la loi, qui n'exige ni la perpétration un jour de travail, ni le travail tous les jours de la semaine : la seule condition légale est l'habitude du travail; or cette habitude admet des jours interruptifs. Mais s'il n'est pas nécessaire que le travail soit quotidien, il ne faut pas non plus qu'il soit séparé par des intervalles trop éloignés; car il ne pourrait plus être considéré comme habituel. Ainsi la Cour de cassation a

[1] Cass., 27 août 1813, S.4.431; J.P.11.675.

jugé avec raison que des services rares et menus, quoique périodiques et salariés, n'impriment pas au vol commis par la personne qui les rend le caractère qui fait la base de l'aggravation[1]. La Cour de Colmar a décidé également que des services rares, menus et périodiques, ne constituaient pas le travail habituel, ni par conséquent ne commandaient la confiance et la fidélité que ce travail suppose[2].

1994. Toutefois il ne faut pas croire que ces termes, *travaillant habituellement*, ne s'appliquent qu'à des manœuvres, à des ouvriers, à des gens de service : la loi ne les a point restreints à une seule espèce de travaux; ils les embrassent donc tous. Ainsi la Cour de cassation a pu les appliquer aux commis d'une maison, en déclarant : « que cette expression, *travaillant habituellement*, exclut toute exception de qualifications accessoires qui pourraient être données à l'individu coupable de vol, dans la maison où ce même individu faisait un travail habituel[3]. »

Doit-on, néanmoins, les appliquer même aux commis et préposés des administrations publiques et aux agents de l'autorité publique? La Cour de cassation a jugé l'affirmative dans l'affaire suivante : Un préposé supérieur de l'administration des postes était prévenu d'avoir soustrait frauduleusement plusieurs lettres contenant des valeurs, dont il était dépositaire à raison de ses fonctions. Il fut traduit devant la Cour d'assises, et condamné comme coupable de vol domestique. Il s'est pourvu en cassation, et son pourvoi a été rejeté : « attendu que, d'après les faits déclarés constants par le jury, il a été fait une juste application de l'art. 386, n. 3, du Code pénal[4]. »

Dans cet arrêt, dont on doit regretter l'absence de motifs, la Cour n'a pas voulu sans doute assimiler les employés d'une administration centrale, départementale ou communale, aux domestiques, hommes de service à gages ou ouvriers; mais

[1] Cass., 16 juill. 1813, S.4.398 ; J.P.11.561.

[2] Arr. Colmar, 18 mai 1836, Journ. du dr. crim., t. 8, p. 224.

[3] Cass., 16 mars 1816, S.5.170 ; J.P.13.840.

[4] Cass., 24 juill. 1829, Journ. du dr. crim., 1829, p. 247 ; 7 oct. 1852, Bull. n. 340; 1er fév. 1856, Bull. n. 43.

elle a pensé que les expressions *travaillant habituellement* devaient s'étendre à tous les citoyens qui sont employés à un travail habituel, sans distinguer la nature de ce travail. Ramenée à ces termes, la décision de la Cour de cassation s'appuie sur la généralité des expressions *travaillant habituellement*, dont s'est servi l'art. 386, n. 3; et on peut même ajouter que l'abus de la fonction dont se rend coupable l'employé est une raison d'appliquer la peine aggravante prévue par cet article à un délit qui, sans cette interprétation, ne pourrait être considéré que comme rentrant dans les termes soit de l'art. 401, soit de l'art. 408 du Code pénal.

1995. Nous avons terminé l'examen des trois sortes de vols que la loi réunit sous la qualification de vols domestiques. Leurs éléments de criminalité, leurs conditions de répression diffèrent : ces conditions sont plus rigoureuses et plus étroites en ce qui concerne les gens de service, parce que leurs obligations sont de tous les instants et leurs travaux de tous les genres; elles sont plus circonscrites et moins sévères à l'égard des ouvriers et des hommes chargés d'un travail habituel, parce que leurs obligations sont limitées et leur travail spécial : mais un caractère identique, un lien commun réunit ces trois sortes de vols dans une même classe. C'est que, dans cette triple hypothèse, la soustraction est commise par l'abus d'une confiance nécessaire, et en violant la foi donnée au maître.

Il faut ajouter deux observations qui sont communes à toutes ces espèces de vols : la première, c'est que le vol commis par un domestique, par un ouvrier, par un chargé de travail habituel, suppose nécessairement sa perpétration dans une maison habitée. Cette circonstance ne peut donc devenir, dans aucun cas, aggravante du vol domestique. Elle est inhérente à sa nature; elle forme l'un de ses éléments. La deuxième observation a déjà été présentée dans notre chapitre *de la complicité*[1]. La domesticité n'est une circonstance aggravante du vol qu'à l'égard de celui qui l'a commis ou qui y a participé : l'art. 386, n. 3, suppose une coopération effective. Il suit de là que le domestique qui n'a participé à aucun

[1] V. notre tome 1er, n. 216 et suiv.

vol, et qui n'a fait que recéler les objets volés à son maître, n'est pas passible de l'aggravation ; car si le vol n'était pas un vol domestique au moment de son exécution, il n'a pu le devenir par une circonstance postérieure à cette perpétration ; et si le serviteur ne s'est pas rendu complice par recélé d'un vol domestique, il ne peut, à raison de sa seule qualité, être considéré comme coupable d'un vol de cette nature, puisque le vol était consommé au moment où il en a recélé les fruits. Nous ne faisons ici, du reste, que rappeler cette décision, que la Cour de cassation a consacrée dans les termes les plus explicites [1].

§ II. — *Vols des aubergistes et des hôteliers.*

1996. Aux termes de l'art. 1952 du Code civil, les aubergistes et les hôteliers sont responsables comme dépositaires des effets apportés par le voyageur qui loge chez eux. Telle était aussi la disposition de la loi romaine [2] et de notre ancien droit [3]. La raison de cette règle est que le dépôt dont parlent ces lois est considéré comme un dépôt nécessaire : *Necesse est plerumquè eorum fidem sequi et res custodiæ eorum committere* [4]. De là il suit que les aubergistes sont tenus *etiam de levissimâ culpâ.*

Une conséquence de la même règle est que les aubergistes et les hôteliers qui se rendent eux-mêmes coupables de vol sur les personnes qui logent dans leurs maisons doivent être punis d'une peine plus forte que les autres personnes ; car, au délit ordinaire, ils ajoutent l'abus de confiance nécessaire qu'ont dû avoir en eux les personnes volées. Telle était la disposition de notre ancienne jurisprudence : « Lorsque les effets, dit Jousse, ont été volés par l'aubergiste lui-même ou par quelqu'un de ses valets, serviteurs ou servantes, de son ordre, il peut être poursuivi criminellement, et il doit être puni d'une peine grave,

[1] Cass., 16 avril 1818, Bull. n. 136.

[2] L. 1, Dig. nautæ, caupones, stabularii.

[3] Farinacius, in fragmentis criminalibus, littera c ; Julius, § Furtum in addit., Menochius, de arbit., quæst. casu 208 ; Jousse, t. 4, p. 180 ; Muyart de Vouglans, p. 297.

[4] L. 1, § 1, Dig. nautæ, caupones, etc.

comme étant une espèce de vol domestique[1]. » Muyart de Vouglans enseigne la même doctrine : « En ce cas, dit-il, où le vol se trouve accompagné d'abus de confiance et de violation des droits de l'hospitalité, on ne peut douter qu'il n'y ait lieu à la poursuite extraordinaire contre ces hôteliers, et que, s'ils en sont convaincus, ils doivent être punis plus rigoureusement que les voleurs ordinaires. L'usage est, en pareil cas, de porter la peine jusqu'en celle des galères.[2]. »

1997. L'Assemblée constituante consacra purement et simplement cette jurisprudence. L'art. 15 de la section 2 du titre 2 du Code de 1791 appliquait la disposition relative aux vols domestiques aux vols commis dans les hôtels garnis, auberges, cabarets, maisons de traiteurs-logeurs, cafés et bains publics ; et le paragraphe 2 de cet article ajoutait : « Tout vol qui y sera commis par les maîtres desdites maisons ou par leurs domestiques envers ceux qu'ils y reçoivent ou par ceux-ci envers les maîtres desdites maisons ou toute autre personne qui y est reçue, sera punie de huit années de fers. » L'art. 2 de la loi du 25 frimaire an VIII introduisit une distinction, en ce qui concerne les vols commis dans les auberges, entre les aubergistes et toutes autres personnes : « La même peine (d'un an à quatre ans d'emprisonnement), porte cet article, s'appliquera aux vols qui seront commis dans les hôtels garnis, auberges, cabarets, maisons de traiteurs-logeurs, cafés et bains publics, par quelque personne que ce soit. Les vols commis par le maître ou la maîtresse d'une auberge envers ceux qu'ils logent continueront d'être punis des peines portées au Code pénal. »

1998. Le Code pénal de 1810 prononce, dans le § 4 de l'article 386, la peine de la reclusion, « si le vol a été commis par un aubergiste, un hôtelier, un voiturier, un batelier ou un de leurs préposés, lorsqu'ils auront volé tout ou partie des choses qui leur étaient confiées à ce titre ; ou enfin si le coupable a commis le vol dans l'auberge ou l'hôtellerie dans laquelle il était reçu. » L'art. 3 de la loi du 25 juin 1824 reprit la distinction introduite par la loi du 25 frimaire an VIII, et, laissant subsister la peine de la reclusion contre les aubergistes et les

[1] Tome 4, p. 185. — [2] Lois crim., p. 297.

hôteliers, elle ne prononça qu'une peine correctionnelle à l'égard des personnes qui commettraient des vols dans l'auberge ou l'hôtellerie où ils étaient reçus. L'art. 12 de cette loi excluait cependant du bénéfice de cette disposition les mendiants, les vagabonds et les individus en récidive. Enfin la loi du 28 avril 1832 adopta la décision de la loi du 25 juin 1824, en faisant disparaître l'exception qui la restreignait : les vols commis dans les auberges par toutes autres personnes que les aubergistes et leurs préposés ne sont plus que des vols simples passibles des peines correctionnelles de l'art. 401. L'art. 386, n° 4, n'a donc conservé la qualification de crime qu'aux vols commis par un aubergiste ou un hôtelier, ou un de leurs préposés, lorsqu'ils auront volé tout ou partie des choses qui leur étaient confiées à ce titre.

· 1999. Cette disposition exige plusieurs explications.

En premier lieu, que faut-il entendre par ces mots : *les aubergistes ou hôteliers ?* Ces expressions sont-elles indicatives seulement, ou bien restrictives? Doit-on y comprendre, par exemple, les maîtres de maisons garnies ? Cette question fut la première que souleva l'application du Code pénal de 1810.

La chambre d'accusation de la Cour de Paris avait déclaré que les loueurs ou logeurs en maisons garnies ne sont point nommément compris dans le § 4 de l'art. 386, et qu'on ne pourrait les assimiler aux aubergistes et hôteliers qu'en interprétant la loi et lui donnant de l'extension; que la confiance forcée qui existe entre les aubergistes et hôteliers et ceux qu'ils reçoivent n'existe pas au même degré entre les loueurs ou logeurs en maisons garnies et leurs locataires, ceux-ci pouvant prendre des renseignements et des précautions que les autres ne sont pas toujours en état de se procurer; que l'art. 154 du Code pénal mentionne les *logeurs* à côté des *aubergistes;* que l'art. 475 examine les *aubergistes*, *hôteliers*, *logeurs* ou *loueurs de maisons garnies;* qu'il faut donc conclure du silence de l'art. 386 à l'égard de ces derniers, qu'il n'a voulu comprendre dans sa disposition que les aubergistes et les hôteliers. Ce système, condamné par un premier arrêt de la Cour de cassation [1],

[1] Cass., 4 avril 1811, S.3.318; J.P.9.234.

fut adopté par la chambre d'accusation de la Cour d'Orléans, à laquelle la question fut renvoyée. L'affaire revint alors devant les chambres réunies de la Cour de cassation, qui décidèrent « que les mots *hôtellerie*, *auberge*, employés dans l'art. 386, sont des expressions générales qui comprennent, selon leur acception commune et reconnue, les hôtels et maisons ou parties d'hôtels ou maisons où l'on est reçu, moyennant un prix ou une rétribution, pour y prendre le logement et la nourriture ; que cet art. 386 et les art. 475, 154 et 73 ont pour objet toutes les personnes que l'on entend ordinairement sous les noms d'*aubergistes*, *hôteliers*, *logeurs et loueurs de maisons garnies ;* que ces articles prononcent contre eux les mêmes peines, leur imposent les mêmes obligations, et les soumettent à la même responsabilité civile ; que si deux de ces articles emploient seulement les expressions générales *aubergistes*, *hôteliers*, l'art. 154 emploie les mots *logeurs et aubergistes*, et que l'art. 475 emploie cumulativement les mots *hôteliers*, *aubergistes*, *logeurs et loueurs en maisons garnies ;* que cet art. 475, après avoir ainsi nommé les hôteliers, aubergistes, logeurs et loueurs en maison garnie, rappelle la responsabilité prescrite par l'art. 73, relativement aux personnes qui logent chez eux ; d'où il suit qu'il faut entendre cet art. 73, ainsi que l'article 386, comme s'ils énuméraient aussi les hôteliers, aubergistes, logeurs et loueurs en maison garnie, quoiqu'ils emploient seulement les mots *hôteliers et aubergistes ;* que ces dispositions sont fondées sur la confiance nécessaire que le voyageur doit accorder, durant son voyage, tantôt à un aubergiste, tantôt à un loueur d'hôtel garni ; qu'elles ne lui ont pu refuser dans un lieu la garantie qu'elles lui ont accordée dans un autre ; qu'elles n'ont pas voulu que le loueur d'hôtel garni, coupable du vol des effets d'un voyageur, fût puni d'un emprisonnement, tandis que l'aubergiste, dans le même cas, dût subir une peine afflictive et infamante[1]. » La Cour d'Amiens, à laquelle l'affaire fut renvoyée, ayant, malgré cet arrêt, embrassé l'opinion des deux premières Cours, la question fut portée, par suite d'un référé, au Conseil d'État ; et il intervint

[1] Cass., 27 juin 1811, S.3.370; J.P.9.421.

alors un avis, approuvé le 10 octobre 1811, et ainsi conçu : « Considérant que les motifs qui ont dicté la peine portée contre les vols commis dans une auberge ou hôtellerie s'appliquent évidemment aux vols commis dans une maison ou hôtel garni; qu'il résulte d'ailleurs des art. 73, 154 et 475 du Code pénal que le législateur a employé indistinctement, tantôt les expressions d'aubergistes et hôteliers, comme dans les premiers articles, tantôt celles des logeurs et aubergistes, comme dans le second, tantôt celles d'aubergistes, hôteliers, logeurs ou loueurs de maisons garnies, comme dans le troisième, pour assujettir les personnes désignées sous ces différentes dénominations aux mêmes obligations et à la même responsabilité; qu'ainsi, si les mots de maison ou hôtel garni ne se trouvent pas littéralement répétés dans l'art. 386, on ne peut douter qu'ils n'y soient implicitement compris sous les expressions génériques d'auberge ou hôtellerie : le conseil est d'avis que la peine de la reclusion portée par l'art. 386 du Code pénal contre les vols commis dans une auberge ou hôtellerie, est applicable aux vols commis dans une maison ou hôtel garni. »

Tels sont les motifs et les termes de la décision qui a fixé sur ce point le sens de l'art. 386. Cette décision, qui, aux termes de l'art. 2 de la loi du 16 septembre 1807, consacrait l'interprétation légale de la loi, a la même force que la loi elle-même, et dès lors a fermé la discussion sur cette question.

2000. La règle de responsabilité est la même, soit que l'hôtelier, auteur du vol, habite lui-même l'hôtel, soit que cet hôtel ne soit habité que par ses préposés. Cette solution, qui ne soulève aucun doute, a été consacrée par un arrêt de la Cour de cassation, portant « que l'art. 386, § 4, du Code pénal, et l'avis du Conseil d'État du 10 octobre 1811, n'admettent aucune différence entre les hôtelleries ou maisons garnies qui sont habitées par les hôteliers ou logeurs, et celles qui ne le sont ni par les uns ni par les autres; que la loi n'a pas voulu, dans un cas, donner à ceux-ci une moindre garantie que dans un autre; que cette disposition illimitée est fondée sur la confiance réciproque qui a lieu dans tous les cas, et qu'on ne peut méconnaître qu'un hôtelier qui commet un vol envers un voyageur

qui est reçu dans son hôtellerie est également coupable, soit qu'il y habite, soit qu'il n'y habite pas [1]. »

2001. La même règle s'applique encore, soit que la personne volée ait été reçue dans l'auberge pour y loger, soit qu'elle n'y soit entrée que pour s'y reposer momentanément. Dans le droit romain, l'aubergiste ne répondait du vol commis dans son auberge que lorsqu'il était le fait des personnes qui y logeaient. *Caupo præstat factum eorum qui in eâ cauponâ ejus cauponæ mercendæ causâ ibi sunt; item eorum qui habitandi causâ ibi sunt; viatorum autem factum non præstat, namque viatorem sibi eligere caupo vel stabularius non videtur; nec repellere potest inter agentes. Inhabitatores vere perpetuos ipse quodammodo elegit qui non rejecit* [2]. On ne peut appliquer la même distinction à l'hypothèse, d'ailleurs différente, dont il s'agit. Le voyageur, quel que soit le temps qu'il passe dans l'auberge, et même celui qui ne fait que s'y arrêter quelques instants, *qui hospitio repentino recipitur, veluti viator,* doit accorder la même confiance et jouir de la même sûreté : la loi ne fait à cet égard aucune distinction; et la Cour de cassation a consacré cette décision en déclarant « que les mots *hôtellerie, auberge,* employés dans l'art. 386, sont des expressions générales qui comprennent, selon leur acception commune et reconnue, les hôtels, maisons et cabarets où l'on est reçu, moyennant un prix ou une rétribution, pour y prendre le logement ou la nourriture;... que la disposition du Code est fondée sur la sûreté dont le voyageur doit jouir dans une auberge, soit que les personnes qui y sont reçues comme lui y soient entrées pour y loger, soit qu'elles n'y soient entrées que pour y prendre un repas [3]. »

2002. Cet arrêt décide en même temps une autre question : c'est que les cabaretiers doivent être assimilés aux aubergistes et hôteliers et soumis à la même responsabilité. Cette décision a reçu des motifs plus développés dans un autre arrêt portant : « que les mots *hôtellerie* et *auberge,* employés dans l'art. 386, sont des expressions générales qui comprennent, selon leur

[1] Cass., 1er oct. 1812, Bull. n. 216, S.4.192.
[2] L. un., Dig. furti adv. nautas, caupones ; l. 6, § 3, Dig. nautæ, caupones.
[3] Cass., 14 fév. 1812, Bull. n. 30.

acception commune et reconnue, les hôtels et maisons où l'on est reçu, moyennant un prix ou une rétribution, pour y prendre repos, logement, nourriture; que les cabarets sont du nombre de ces maisons; que la même confiance est nécessairement accordée dans tous les cas, soit par les aubergistes et cabaretiers aux personnes qu'ils reçoivent, soit par celles-ci aux aubergistes et cabaretiers; qu'il ne résulte d'aucune expression de la loi, et qu'il n'est pas permis de supposer que le législateur ait voulu donner une garantie plus spéciale aux voyageurs et autres dans une auberge où ils prennent à la fois logement, repos et nourriture, que dans une auberge ou un cabaret où ils sont reçus pour y prendre seulement repos et nourriture[1]. » Par suite de la même interprétation, les traiteurs et les maîtres de cafés ont été également assimilés aux aubergistes et soumis à la même aggravation[2].

Ces trois décisions, uniquement fondées sur l'analogie des professions, nous semblent susceptibles de quelques objections. En premier lieu, il faut remarquer que ni les cabaretiers, ni les traiteurs, ni les cafetiers, ne sont nommément compris dans l'art. 386 ; ce n'est donc qu'en interprétant la loi, en étendant ses termes, qu'on parvient à appliquer à ces trois classes d'individus l'aggravation pénale qu'elle n'a prononcée que pour les aubergistes et les hôteliers; or, est-il permis d'aggraver une peine par la seule puissance d'une induction? Ensuite, lorsqu'il s'est agi d'étendre la disposition de l'art. 386 aux loueurs de maisons garnies, quels ont été les motifs de cette interprétation? C'est que les loueurs de maisons garnies recevaient des personnes à loger, comme les aubergistes et les hôteliers; c'est surtout que les art. 75, 154 et 475 du Code pénal, liés par un rapport de matières avec l'art. 386, avaient placé les loueurs à côté des hôteliers et des aubergistes. Or, ce dernier motif ne saurait plus être invoqué en ce qui concerne les cabaretiers, les traiteurs et les cafetiers : les art. 73, 154 et 475 ne s'occupent que des personnes qui fournissent le

[1] Cass., 1er et 16 avril 1813, Bull. n. 61 et 77.

[2] Cass., 19 avril 1813 et 28 mai 1813; Rép. de jurisp., 1er vol., sect. 2, § 3, n. 7 et 8.

logement ; leurs dispositions sont expressément limitées aux aubergistes, hôteliers et loueurs de maisons garnies ; comment donc l'interprétation qui s'appuyait sur ces articles pour étendre les termes de l'art. 386, qui trouvait dans ces quatre articles un sens parfaitement identique des mots *aubergistes* et *hôteliers*, peut-elle maintenant donner à ces mêmes mots, dans l'art. 386, une signification particulière et plus étendue encore? Il est évident que l'argument sur lequel repose l'avis du Conseil d'État du 10 octobre 1811 s'évanouit complétement, ou que les mots hôteliers et aubergistes doivent signifier dans l'art. 386 la même chose que dans les art. 73, 154 et 475. Enfin, on comprend les motifs qui ont fait assimiler aux hôteliers les loueurs de maisons garnies : ils sont placés dans une situation complétement identique ; ils fournissent le logement, ils reçoivent par conséquent les effets de leurs locataires ; ceux-ci sont donc forcés de se fier à leur foi, leur confiance est nécessaire. Les cafés, les cabarets, les maisons de traiteurs, sont des établissements entièrement différents : les personnes qui les fréquentent n'y séjournent que momentanément, elles ne portent ordinairement avec elles aucun effet ; elles n'ont donc pas besoin de la même protection, elles ne donnent pas la même confiance. On a objecté que l'auberge recevait aussi des personnes qui n'y logeaient pas, et qu'alors elle n'était en quelque sorte qu'un cabaret ; mais, dans ce cas même, l'auberge ne reçoit habituellement que les voyageurs, pour la plupart chargés d'effets, et qui par conséquent ont besoin, même en ne prenant pas de logement, d'une sûreté plus efficace ; d'ailleurs, dès que les aubergistes étaient soumis à une peine plus grave, il était difficile de diviser leur responsabilité, et de les soumettre pour le même fait à deux peines distinctes. Au reste, s'il a fallu toute la puissance d'une interprétation légale pour assujettir à cette aggravation les loueurs de maisons garnies, une telle interprétation serait, à plus forte raison, nécessaire pour l'étendre aux cabaretiers, aux cafetiers et aux traiteurs, puisque l'analogie même de la profession n'existe pas. Il nous semble donc que, dans le silence de l'art. 386, la jurisprudence ne peut que s'abstenir d'appliquer cet article à ces trois classes d'individus : le vol qu'ils commettent à l'égard des personnes qui fréquentent

leurs cabarets, leurs cafés, leurs restaurants, n'est qu'un vol simple.

2003. Après avoir expliqué la signification des mots *aubergistes* et *hôteliers*, il faut examiner ces autres expressions du même article qui ne punit le vol que des choses *qui leur étaient confiées à ce titre.* — Quel est le sens de ces derniers termes? Signifient-ils que l'art. 386 ne s'applique qu'au vol d'effets expressément déposés entre les mains de l'hôtelier? ou doit-on considérer comme *confié* à un aubergiste, en sa qualité, tout ce qu'apporte dans l'auberge l'hôte qui y est reçu? Aux termes de l'art. 1952 du Code civil, les aubergistes ou hôteliers sont responsables comme dépositaires d'effets *apportés* par le voyageur qui loge chez eux : le dépôt de ces sortes d'effets est assimilé au dépôt nécessaire qui a lieu en cas d'accident, tel qu'un incendie, une ruine, un pillage ou autre événement imprévu. Il résulte de cet article que, par cela seul que des effets ont été *apportés* par un voyageur dans l'hôtellerie où il est reçu, l'hôtelier devient de plein droit dépositaire de ces effets, encore bien qu'ils ne lui aient point été déclarés. Telle était aussi la disposition de la loi romaine : *Et puto*, dit Ulpien, *omnium eum recipere custodiam, quæ in navem illatæ sunt : et factum non solum nautarum præstare debere sed et vectorum*[1]; et la loi suivante ajoute : *Sicut et caupo viatorum*[2]. Il est évident que si l'aubergiste vole à son hôte un objet même non apparent que celui-ci a apporté dans l'auberge, le vol de cet objet doit être considéré comme vol de choses confiées à l'aubergiste en sa qualité, puisqu'il en serait responsable. Ainsi les mots *confiés à ce titre* signifient que les objets ont été apportés dans l'auberge, non pas à titre de voisinage, de parenté ou de confiance particulière, mais parce que c'était une auberge et à raison de cette nature même du lieu. Telle est aussi la doctrine de la Cour de cassation. Cette Cour a décidé, en effet, « que si, en matière civile, le maintien de l'ordre public a exigé que les aubergistes ou hôteliers fussent assujettis à la rigueur des règles établies relativement aux dépôts nécessaires pour les effets apportés par

[1] L. 1, § 8, Dig. nautæ, caupones, etc.
[2] L. 2, Dig. eod. tit.

le voyageur reçu chez eux, et qu'ils en fussent déclarés responsables, comme leur ayant été confiés de droit et sans qu'il fût besoin d'aucune convention particulière, par cela seul que les voyageurs les avaient apportés chez eux, la même règle doit avoir lieu pour l'application de l'art. 386, relatif aux vols commis par les aubergistes ou hôteliers, des choses apportées chez eux par les voyageurs ou personnes qui y ont été reçues; ces expressions, *qui leur étaient confiées à ce titre*, insérées dans cet article, ayant pour objet, non d'apporter aucun changement à la corrélation de cet article avec ce qui avait été établi pour la responsabilité civile par l'art. 1952 du Code civil, mais d'en prévenir l'application au cas où les mêmes rapports ne se rencontreraient pas entre l'aubergiste ou hôtelier auteur du vol, et les personnes au préjudice desquelles aurait eu lieu la soustraction frauduleuse [1]. »

2004. Si l'aubergiste n'a fait que s'approprier un objet oublié dans sa maison, cette circonstance change-t-elle le caractère du vol? « Il en est du contrat de dépôt nécessaire entre l'hôte et l'hôtelier, a dit M. Merlin, comme de tout autre contrat : il ne peut cesser que par des moyens légaux, et ces moyens ne peuvent être que la novation ou le retrait des effets qui ont été l'objet du dépôt nécessaire. Or, point de novation sans volonté réciproque de détruire le contrat subsistant, et il n'y a point de volonté là où il y a simplement oubli. Le contrat n'aurait pu cesser que par le retrait de tous les effets apportés [2]. » Ainsi l'objet apporté chez l'aubergiste, en sa qualité d'aubergiste, reste confié à ce titre tant que son propriétaire n'a pas manifesté la volonté d'en faire l'abandon; l'aubergiste, en se l'appropriant, à quelque époque que ce soit, viole donc ses obligations de dépositaire, et se rend passible de l'aggravation [3].

2005. Une dernière observation doit être faite sur le n° 4 de l'art. 386. Cet article prévoit *le vol* de tout ou partie des choses *confiées* à l'aubergiste ou à l'hôtelier; comment conci-

[1] Cass., 28 oct. 1813, S.4.553; J.P.11.739.
[2] Rép. de jur., v° Vol, sect. 2, § 3.
[3] Cass., 28 oct. 1813, cité *suprà*.

lier cette sorte de vol avec les principes élémentaires de ce délit? comment *concevoir* une *soustraction* opérée par un dépositaire? Nous venons d'expliquer le sens des mots *choses confiées;* ces mots signifient toutes les choses *apportées* dans l'auberge, à raison de la nature même de ce lieu. De là la conséquence que cette sorte de dépôt n'est point exclusive de la soustraction, puisque les choses ne sont point remises entre les mains de l'aubergiste, et même ordinairement ne lui sont pas déclarées. Cependant, dans quelques circonstances, les effets peuvent être réellement remis non fermés à l'aubergiste, et confiés à sa surveillance; s'il les dérobe, se rend-il coupable de vol ou d'abus de confiance? Le vol suppose une soustraction; et comment pourrait-il soustraire une chose qui est dans ses mains? Il est donc certain qu'en qualifiant de vol un fait qui n'a pas le caractère essentiel de ce délit, le Code a créé une exception aux règles générales de cette matière; et il suit de là qu'il ne faut pas chercher dans le vol commis par les aubergistes et les hôteliers les caractères du vol ordinaire, et que le délit est le même, soit qu'il constitue un véritable vol, soit un abus de confiance.

Si l'on résume maintenant les caractères du délit qui fait l'objet de ce paragraphe, on voit qu'il se forme par le concours de trois circonstances : il est nécessaire, en premier lieu, que l'agent ait la qualité d'aubergiste, d'hôtelier ou de maître de maison garnie; il faut, en second lieu, que l'objet volé ou détourné ait été apporté dans l'auberge ou la maison garnie, à raison du caractère de ce lieu, et soit qu'il ait été ou non déclaré au maître de cette maison; il faut, enfin, que l'aubergiste ou l'hôtelier l'ait soustrait, s'il ne lui a pas été déclaré, ou détourné, si cet objet lui a été remis.

§ III. — *Vols des voituriers et bateliers.*

2006. Les voituriers, les bateliers et leurs préposés sont passibles, dans deux cas, d'une aggravation de peine pour les vols dont ils se rendent coupables. Ces deux cas se présentent : 1° lorsqu'ils ont volé tout ou partie des choses qui leur étaient

confiées à ce titre; 2° lorsqu'ils ont altéré les marchandises dont le transport leur était confié.

Le premier de ces crimes était également prévu par notre ancien droit. « Quand les effets, dit Jousse, ont été volés par le messager lui-même, ou par quelqu'un de ses commis ou préposés, l'action peut être poursuivie criminellement contre l'auteur du vol ou ses complices, et ils doivent être punis, non de la peine du vol simple, mais d'une autre peine plus grave, comme des galères à temps [1]. »

Les voituriers et les bateliers sont placés dans la même position que les hôteliers et les aubergistes. L'art. 1782 du Code civil porte : « Les voituriers par terre et par eau sont assujettis, pour la garde et la conservation des choses qui leur sont confiées, aux mêmes obligations que les aubergistes. » Ainsi ils sont responsables, aux termes des art. 1783 du Code civil et 183 du Code de commerce, des objets qu'ils transportent. De là la conséquence que lorsqu'ils dérobent l'un de ces objets, leur vol s'aggrave, comme celui des aubergistes, à raison de la confiance même que commandait leur profession, et des obligations qu'ils ont trahies. Le § 4 de l'art. 386 soumet cette aggravation de la peine infligée au vol des voituriers aux mêmes conditions et aux mêmes règles qu'en ce qui concerne les aubergistes.

2007. Ainsi, d'abord, le premier élément de l'aggravation est la qualité même du voiturier ou du messager : c'est cette qualité qui imposait à l'agent des obligations plus étroites; c'est sa profession qui plaçait en lui la confiance nécessaire dont il a abusé.

Cette règle a soulevé quelque difficulté dans l'espèce suivante. Un cultivateur avait fait marché avec un propriétaire pour le transport de mille fagots : une partie de ces fagots sont détournés par celui-ci; était-il passible de la peine de la reclusion? La chambre du conseil avait décidé « que le prévenu n'était point un voiturier dans le sens de l'art. 386, qui, dans sa nomenclature, a évidemment entendu parler des professions habituelles. » Mais le tribunal correctionnel auquel l'affaire

[1] Traité de just. crim., t. 4, p. 190.

avait été envoyée se déclara incompétent, par le motif « qu'il résultait de l'instruction et de l'interrogatoire du prévenu, que ce dernier exerçait habituellement la profession de voiturier; que c'était d'ailleurs à ce titre de voiturier que lui avaient été confiés les fagots qu'il avait été chargé de transporter, moyennant salaire, pour le compte du propriétaire. » Il résultait de ces deux décisions un conflit négatif sur lequel la Cour de cassation a statué par forme de règlement de juges, mais sans résoudre la question [1]. Cette affaire fait naître cette difficulté, que nous dégageons d'ailleurs des faits qui étaient douteux dans l'espèce : suffit-il que des objets aient été confiés à un individu pour effectuer le transport, pour qu'il doive être considéré comme voiturier, relativement à ce transport, et soumis aux obligations pénales du voiturier? La négative ne nous paraît pas douteuse. En effet, ce n'est plus, dans cette hypothèse, à sa qualité de voiturier, à sa profession que la confiance est accordée, c'est à la personne elle-même que le propriétaire a choisie pour faire son transport; cette confiance n'est donc pas nécessaire, elle est purement volontaire, et si elle est trahie, le propriétaire doit s'imputer sa négligence et sa crédulité; ce vol ne peut constituer qu'un vol simple.

2008. La deuxième condition est que l'objet de ce vol ait été confié à l'agent en sa qualité de voiturier. A la différence de ce qui concerne les aubergistes, il s'agit ici d'une sorte de dépôt : tous les objets placés dans la voiture ou le bureau sont déclarés et sont inscrits sur une lettre de voiture; le voiturier les connaît, il peut les surveiller, et, s'il en est responsable, ils sont placés immédiatement sous sa garde. Toutefois, lors même que ces objets ne seraient ni déclarés ni inscrits, le voiturier n'a pas moins l'obligation de veiller à leur conservation dès qu'ils sont placés sur sa voiture, et la soustraction qu'il commettrait serait, comme dans le premier cas, l'abus d'une confiance nécessaire qui motiverait l'application de l'art. 386. Mais cette application ne peut être faite qu'à l'agent qui a été spécialement préposé à la surveillance des objets transportés. Ainsi la Cour de Nîmes a pu juger que, bien qu'un postillon de la

[1] Cass., 19 fév. 1829, Bull. n. 41.

diligence puisse être considéré comme le préposé du voiturier de cette diligence, le vol qu'il aurait fait d'une chose placée sur cette voiture ne rentrerait pas dans les termes de l'art. 386, parce que cette chose ne lui avait pas été confiée à ce titre [1]. Ce vol peut ouvrir une action en responsabilité civile contre son maître, mais il ne donne lieu contre lui qu'aux peines du vol simple.

2009. Au reste, cette espèce de vol, comme le vol domestique, ne subit aucune aggravation par le concours de plusieurs circonstances aggravantes que sa perpétration suppose nécessairement, et qui ne modifient nullement sa criminalité intrinsèque. Ainsi le fait que le voiturier aurait commis la soustraction sur une grande route, et même avec effraction, ne change point son caractère. La Cour de cassation a formellement reconnu cette règle en ce qui concerne l'effraction. Elle a en effet décidé, dans une espèce où des voituriers étaient prévenus d'avoir volé des effets renfermés dans une malle qui leur était confiée, « qu'aucune des circonstances énoncées dans l'art. 396 ne se trouve dans le fait dont les prévenus se sont rendus coupables, puisque l'effraction dont il s'agit n'a pas été par eux faite dans l'intérieur d'une maison, cour ou enclos, ni sur des caisses ou sur des meubles qui en eussent été enlevés, mais seulement sur une malle qui leur aurait été confiée pour la transporter à sa destination, et que ce fait rentre dans la classe des crimes prévus par l'art. 386, n° 4, qui ne porte que la peine de la reclusion [2]. »

On lit encore dans un autre arrêt : « qu'il importe peu que le voiturier qui a commis ce crime ait été aidé par un ou plusieurs complices ; que le fait ne change pas pour cela de nature, laquelle reste fixée par la qualité de voiturier et par le contrat qui a mis l'objet volé à sa disposition et qui l'en a rendu momentanément dépositaire, à la charge de le remettre ou faire remettre à la destination convenue avec l'expéditeur ; que la circonstance que le voiturier aurait commis sur un chemin public le vol de l'objet à lui confié ne saurait rien ajouetr à la gra-

1 Nîmes, 7 janv. 1829, Journ. du dr. crim., 1829, p. 117.
2 Cass., 2 fév. 1815. S.5.17 ; J.P.12.574.

vité de ce crime, lequel reste le même que s'il avait été exécuté dans une auberge, dans un champ ou dans la maison même du voiturier, puisque le lieu du détournement ne change en rien la criminalité de la violation de la convention et de l'abus de la confiance nécessaire accordée au voiturier par l'expéditeur [1]. »

2010. Ces règles s'appliquent non-seulement aux voituriers et aux bateliers, mais encore aux capitaines, patrons et gens de l'équipage de tout bâtiment de mer. L'art. 15 de la loi du 10 avril 1825 est ainsi conçu : « L'art. 386, § 4, du Code pénal, est applicable aux vols commis à bord de tout bâtiment de mer, par les capitaines, patrons, subrécargues, gens de l'équipage et passagers. » Le motif qui a fait étendre ainsi cette disposition est qu'à bord d'un navire une confiance forcée domine tous les rapports des personnes qui s'y trouvent, et par conséquent une protection plus efficace est due à la propriété.

2011. Le deuxième cas où les voituriers, bateliers et leurs préposés sont passibles d'une aggravation de peine, est prévu par l'art. 387.

Cet article a été modifié par la loi du 13 mai 1863 en ce qui concerne la qualification du fait et la pénalité : le vol des voituriers et bateliers, à l'égard des marchandises qui leur sont confiées, était qualifié crime : la loi ne le qualifie que de délit. La peine était la reclusion : l'emprisonnement de deux à cinq ans y est substitué.

ART. 387. Les voituriers, bateliers ou leurs préposés qui auront altéré ou tenté d'altérer des vins ou toute autre espèce de liquides ou marchandises dont le transport leur avait été confié et qui auront commis ou tenté de commettre cette altération par le mélange de substances malfaisantes, seront punis *d'un emprisonnement de deux à cinq ans et d'une amende de* 25 *à* 500 *fr.* — Ils pourront en outre être privés des droits mentionnés en l'art. 42 du présent Code pendant cinq ans au moins et dix ans au plus ; ils pourront aussi être mis, par l'arrêt ou le jugement, sous la surveillance de la haute police pendant le même nombre d'années. — S'il n'y a pas eu mélange de substances malfaisantes, la peine sera un emprisonnement d'un mois à un an, et d'une amende de 16 à 100 fr.

[1] Cass., 18 mai 1843, J.P., à sa date.

Exposé des motifs : « Quoi que porte la rubrique, le fait prévu dans cet article n'est pas un fait de vol. — Le vol commis par « les voituriers, bateliers ou leurs préposés, » est incriminé dans le dernier paragraphe de l'art. 386. — Il ne s'agit ici que d'altération ; c'est le terme employé par l'article. Les substances qui ont servi à l'opérer peuvent être malfaisantes ou inoffensives.— Dans le premier cas, c'est la peine de la reclusion ; dans le second cas, un emprisonnement d'un mois à un an. Il semblerait que la peine de la reclusion ait été déterminée surtout par la considération des suites fâcheuses que peut avoir pour les personnes l'emploi de substances malfaisantes. — Mais il y a dans le Code pénal une disposition spéciale qui prévoit et punit, non pas seulement l'éventualité, mais le fait accompli « d'avoir occasionné à autrui une maladie, une incapacité de travail en lui administrant volontairement des substances nuisibles à la santé... » c'est l'art. 317; le fait n'est puni de la reclusion que lorsque la maladie ou l'incapacité de travail a duré plus de vingt jours. D'un autre côté, à ne considérer le fait qu'au point de vue de l'*altération* matérielle, c'est-à-dire de la détérioration de la marchandise, on a encore un terme de comparaison dans l'art. 443, qui n'applique à un délit de cette nature que la peine de l'emprisonnement, même quand le délit a été commis *par un ouvrier de la fabrique ou par un commis de la maison de commerce.* — A l'un et à l'autre point de vue, la peine de la reclusion, dans l'art. 387, paraît exagérée. En essayant de déterminer le véritable caractère de ce délit des voituriers, on voit que ce n'est ni le vol caractérisé puni par l'article 386, ni l'atteinte à la santé d'autrui punie par l'art. 317; c'est plutôt un abus de confiance. »

Rapport de la commission . « L'art. 387 punit de la reclusion les voituriers qui ont altéré par des substances malfaisantes les vins ou autres liquides qui leur ont été confiés. Il n'applique que l'emprisonnement, si les substances ne sont pas malfaisantes. On a de la peine à s'expliquer comment cet article a trouvé place dans le chapitre du vol, car l'art. 386 punit déjà les vols commis par les voituriers des choses qui leur étaient confiées à ce titre, et il atteint évidemment la soustraction des liquides facilitée et dissimulée par un mélange. L'incrimination de l'art. 387 n'a donc pu être déterminée que par la considération des suites fâcheuses que peut avoir le mélange de substances malfaisantes, ou du dommage qui peut résulter pour le propriétaire d'un mélange opéré avec des substances inoffensives. Quoi qu'il en soit, il est certain que, même lorsque le mélange est fait avec des substances malfaisantes, la peine de la reclusion est trop sévère. Elle est trop sévère, car l'art. 317 ne punit que de l'emprisonnement le fait consommé d'avoir occasionné à quelqu'un une maladie ou incapacité de travail, en lui administrant volontairement des substances nuisibles à la santé. Comment se montrer plus rigoureux dans le cas où l'altération des liquides, sans avoir occasionné aucune maladie, en a seulement fait naître la possibilité? L'honorable M. Millet nous a proposé d'ajouter à cet article les dispositions suivantes : « *Les peines portées par cet article et celles portées par le quatrième paragraphe de l'article* 386 *seront applicables à tous agents et employés des compagnies de chemins de fer.* « Il nous a expliqué lui-même que son amendement n'avait pour but que de compléter une rédaction que les progrès accomplis ont rendue insuffisante, et

qui laissait les tribunaux dans la nécessité d'une répression par analogie. Mais pourquoi supposer qu'il soit permis de mettre en doute que les compagnies de chemins de fer et leurs préposés doivent être assimilés aux voituriers et aux entrepreneurs de transports ? A notre avis, il n'y a pas seulement analogie, il y a identité dans les situations. Le déclarer à propos des art. 386 et 387, c'était reconnaître qu'il fallait le déclarer aussi à propos d'autres dispositions analogues dans la législation. L'amendement proposé par M. Millet n'était donc pas nécessité pour le cas auquel il s'applique ; il devenait une occasion de difficultés pour d'autres cas qu'il ne pouvait pas embrasser, et c'est par ces motifs que nous ne l'avons pas adopté. »

Nous appelons l'attention sur la dernière observation du rapporteur. Il ne peut être douteux que la responsabilité pénale qui pèse sur tous les voituriers embrasse les préposés des chemins de fer, puisque les chemins de fer ne sont que des entreprises de transport. Mais il n'était pas inutile, pour dissiper toute espèce de doute à cet égard, de le dire nettement. Quant au caractère du fait prévu par l'art. 387, nous y avions déjà reconnu un simple abus de confiance ; mais ce motif ne suffisait pas pour atténuer la peine, puisqu'il s'agit, comme dans le quatrième paragraphe de l'art. 386, d'un abus de confiance domestique. On aura peut-être quelque peine à reconnaître la nuance de criminalité que le projet a aperçue entre le fait prévu par ce paragraphe et le fait qui fait l'objet du premier paragraphe de l'art. 387.

2012. Cette disposition a été empruntée à l'ancienne jurisprudence. Jousse rapporte plusieurs arrêts qui avaient décidé que les voituriers qui boivent ou gâtent le vin qu'ils étaient chargés de voiturer doivent être punis du fouet ou du carcan [1]. Muyart de Vouglans considère ce délit comme une espèce de faux : « Relativement au faux qui se commet dans le vin, dit cet auteur, il y en a une espèce particulière contre laquelle les arrêts ont toujours sévi avec le plus de rigueur : c'est celle qui se commet par les charretiers qui fraudent et gâtent le vin qu'ils sont chargés de conduire [2]. » Un édit de février 1696 portait peine de mort contre les voituriers qui volaient le sel qu'ils étaient chargés de conduire pour la fourniture des gabelles.

[1] Traité de just. crim., t. 4, p. 190.
[2] Lois crim., p. 277 et 299.

2013. L'art. 387 exige le concours de trois circonstances pour constituer le délit : il faut d'abord que le prévenu ait la qualité de voiturier, de batelier ou de préposé de ceux-ci, car c'est cette qualité qui commande la confiance et aggrave l'infidélité; il faut ensuite que des liquides ou des marchandises quelconques lui aient été confiés pour les transporter; enfin, qu'il les ait altérés.

Cette altération est de deux natures : elle a lieu par le mélange de substances malfaisantes ou de substances non malfaisantes. Dans ce dernier cas, l'infidélité n'est qu'un simple délit punissable d'un emprisonnement d'un mois à un an, et d'une amende de seize à cent francs. Dans le premier cas, elle prend le caractère d'un crime, et elle est punie de la peine de la reclusion. Il est à remarquer, toutefois, que la loi a eu en vue, par cette disposition, la protection de la propriété plutôt que celle des personnes : si le mélange avait été fait avec l'intention de nuire à quelqu'un, il faudrait appliquer les dispositions de la deuxième partie de l'art. 317.

2014. L'art. 15 de la loi du 10 avril 1825 a déclaré les dispositions de l'art. 387 applicables aux altérations de vivres et marchandices, commises à bord de tout navire ou bâtiment de mer, par les capitaines, patrons, subrécargues, gens de l'équipage et passagers. Ici, comme dans l'art. 387, ce n'est pas seulement le vol que la loi a voulu atteindre, c'est la violation d'une confiance forcée, c'est l'abus de la fonction ou de la position.

CHAPITRE LXX.

VOLS QUALIFIÉS A RAISON DU TEMPS OU ILS SONT COMMIS. VOLS COMMIS LA NUIT.

(*Commentaire des art.* 381 *et* 385 *du Code pénal.*)

2015. Motifs de l'aggravation pénale fondée sur le moment du jour où le vol est commis.
2016. Dans quels cas cette circonstance devient un élément d'aggravation.
2017. Ce qu'il faut entendre par un vol commis *la nuit*. Différentes interprétations de cette expression.
2018. Examen de ces interprétations. Définition de la circonstance de la nuit.
2019. Examen de la jurisprudence sur ce point.
2020. La circonstance de la nuit est un fait qui doit être apprécié d'après les circonstances de chaque procès.

2015. Le temps de la perpétration de certains délits peut être une cause soit d'aggravation, soit d'atténuation de la peine qui leur est applicable, car cette perpétration ne présente pas le même trouble, ne produit pas le même péril à toutes les heures du jour. Aussi la loi romaine voulait que cette circonstance fût prise en considération dans la distribution des peines : *Sacrilegii pœnam debebit proconsul pro qualitate personæ, proque rei conditione et temporis, et ætatis, sexûs, vel severiùs, vel clementiùs statuere* [1].

C'est surtout en matière de vol que le moment de l'exécution peut modifier le délit et ajouter à sa gravité. Le vol prend un caractère différent, suivant qu'il est commis le jour ou la nuit. La nuit prête des facilités plus grandes à son exécution, et elle enlève à celui qui en est la victime la plupart des moyens qu'il peut employer pour s'en garantir. Elle ne permet plus d'acquérir

[1] L. 6, Dig. ad leg. Juliam peculatûs.

les preuves du fait, et elle laisse présumer dans l'agent une audace plus grande, une préméditation plus certaine. Enfin, l'exécution d'un vol pendant la nuit peut faire craindre que le voleur n'emploie les moyens les plus criminels, et même les violences et l'homicide, pour parvenir à sa consommation. De là cette maxime : *Inter circumstantias prædictas maximè attenditur tempus commissi furti ; fur enim diurnus minùs punitur quàm nocturnus* [1].

2016. Nous avons exposé, dans un autre chapitre [2], les mesures que le citoyen menacé pendant la nuit par des voleurs peut opposer à leur attaque, et dans quels cas il se trouve en état de légitime défense. Nous avons donc seulement à examiner ici dans quels cas le vol acquiert un caractère plus grave par sa perpétration pendant la nuit, et ce qu'il faut entendre, dans le système du Code, par le vol commis de nuit.

La circonstance de la nuit, isolée de toute autre circonstance, n'est point aggravante du vol ; le vol simple ne change point de caractère par cela seul qu'il a été commis la nuit. Le législateur a pensé que cette circonstance ne devait être un élément d'aggravation que lorsqu'elle apportait une cause de péril ou un moyen plus facile d'exécution ; or elle n'a ce double caractère que lorsqu'elle concourt avec d'autres faits également destinés à assurer la consommation du crime [3].

Ainsi, le vol commis *pendant la nuit* est passible de cinq ans d'emprisonnement, s'il s'agit d'un vol de récolte commis dans les champs (art. 388); il est passible de la peine de la reclusion, s'il a été commis dans une maison habitée (art. 386); il est passible des travaux forcés à temps, s'il est accompagné de violences, de port d'armes, et commis par plusieurs personnes (art. 385); enfin il est passible des travaux forcés à perpétuité, s'il est commis, en outre de ces trois circonstances, avec effraction ou escalade dans une maison habitée (art. 381).

2017. Mais qu'est-ce que la loi a entendu par vol commis *pendant la nuit?* La définition de cette circonstance a donné lieu à plusieurs systèmes.

[1] Farinacius, quæst. 165, num. 15 ; Muyart de Vouglans, Lois crim., p. 30.
[2] Tome 4, chap. LII.
[3] Cass., 2 déc. 1824, S.7.570 ; J.P.18.1171.

La Cour de cassation a pensé que la loi pénale avait entendu par *nuit* tout l'intervalle de temps compris entre le coucher et le le lever du soleil [1]. Ainsi elle a cassé un arrêt qui avait refusé de reconnaître la circonstance de la nuit dans un vol commis après le coucher du soleil, mais dans un lieu où régnaient tout le mouvement et l'activité du jour, par les motifs : « qu'en désignant la nuit comme circonstance aggravante du vol, la loi n'en a fait dépendre l'existence d'aucune autre circonstance accidentelle ; que, conséquemment, elle a entendu par nuit, d'après la signification vulgaire et naturelle de ce mot, tout l'intervalle de temps entre le coucher et le lever du soleil [2]. » Cette opinion s'appuie encore sur la loi du 15 germinal an VI, et sur l'art. 781 du Code de procédure civile, qui défendent d'exercer la contrainte par corps avant le lever et après le coucher du soleil.

M. Bourguignon présente une seconde interprétation. Suivant cet auteur, il faut se reporter, pour fixer le temps de la nuit, aux termes de l'art. 1038 du Code de procédure civile, relatif au temps pendant lequel on ne peut faire aucune signification. Le décret du 4 août 1806 porte que le temps de nuit pendant lequel la gendarmerie ne peut entrer dans aucune maison particulière est réglé par les dispositions de cet article ; et par conséquent cette prohibition existe, depuis le 1er octobre jusqu'au 31 mars, avant six heures du matin et après six heures du soir ; et depuis le 1er avril jusqu'au 30 septembre, avant quatre heures du matin et après neuf heures du soir. Or M. Bourguignon pense que les règles relatives à la contrainte par corps, et qui ont eu pour but de prolonger les heures de liberté, ne peuvent être appliquées lorsqu'il s'agit de fixer l'heure où le vol devient plus dangereux par l'isolement qui l'entoure ; et qu'il est plus naturel d'adopter la définition donnée par la loi pour déterminer le temps pendant lequel il n'est pas permis de s'introduire dans le domicile d'un citoyen [3].

M. Carnot repousse ces deux opinions, en faisant remarquer

[1] Cass., 4 juill. 1823, S.7.285 ; J.P.18.11.

[2] Cass., 12 fév. 1813, S.4.284 ; J.P.11.125 ; 28 juill. 1813, S.4.402 ; J.P. 575 ; 11 mars 1830, Journ. du dr. crim., t. 2, p. 191.

[3] Jurisp. des Codes crim., t. 1er, p. 146.

que les art. 781 et 1037 du Code de procédure civile ne sont applicables qu'aux matières civiles ; que ces articles n'ont point donné une définition générale de ce qu'on doit entendre par *nuit*, et qu'ils ont seulement réglé le temps pendant lequel les significations ou exécutions pourraient être faites ou étaient interdites. Cet auteur ajoute ensuite : « Le législateur n'ayant pas déterminé dans le Code pénal ce qui devait être considéré comme *nuit*, la conséquence naturelle à en tirer, c'est que, dans son opinion, la nuit ne commence réellement, dans chaque localité, qu'à l'heure où les habitants du lieu sont dans l'usage de rentrer dans leur habitation pour s'y livrer au repos [1]. »

Enfin, un quatrième système fait commencer la nuit immédiatement après le crépuscule du soir, et la fait finir immédiatement avant le crépuscule du matin. Ce système, établi par un arrêt de la Cour de Nîmes, s'appuie principalement sur ce que, « quoiqu'un vol ait été commis après le coucher et avant le lever du soleil, il n'est pas pour cela vrai de dire que tout vol commis après le coucher et avant le lever du soleil ait été nécessairement commis la nuit; qu'en effet, entre le coucher du soleil et la nuit, il existe le crépuscule du soir, comme entre le point du jour et le lever du soleil il existe le crépuscule du matin ; qu'il faudrait effacer du dictionnaire de la langue française les mots de crépuscule, d'aube, d'aurore et de point du jour, ou il doit rester certain que l'intervalle qui sépare le coucher et le lever du soleil n'est pas tout rempli par la nuit, puisque, outre la nuit, on compte encore dans cet intervalle le crépuscule du soir et le crépuscule du matin; qu'un vol commis durant l'un ou l'autre de ces crépuscules n'est donc pas commis la nuit, soit qu'il soit commis après le coucher et avant le lever du soleil [2]. »

2018. Pour apprécier le véritable sens de la loi pénale, il faut se reporter aux motifs qui ont engagé le législateur à punir d'une peine plus grave les vols commis *pendant la nuit :* ces motifs sont dans les facilités plus grandes que le voleur

[1] Comm. du Code pénal, t. 2, p. 265.
[2] Arr. Nimes, 7 mars 1829, Journ. du dr. crim., t. 1er, p. 97.

nocturne trouve à accomplir son action; les ténèbres, la solitude et le silence de la nuit le favorisent à la fois; le repos auquel se livrent les habitants le protége contre toute surprise, et la crainte même qu'il inspire, les armes et les complices qu'on peut lui supposer, aident l'exécution de son dessein. Le législateur a voulu protéger la sûreté publique en punissant le vol avec plus de sévérité quand les citoyens ont moins de moyens de se garantir et de se défendre. Telle est la véritable raison de l'aggravation. Or cette raison n'existe et ne peut être alléguée que pendant l'absence des clartés du jour, pendant la durée des ombres de la nuit. Ce n'est qu'au sein des ténèbres que le voleur peut rester inconnu, que ses pas sont couverts et protégés, qu'il répand une terreur dont il profite. Dès qu'une lueur brille à l'horizon, tous les secours qu'il empruntait à la nuit s'évanouissent, il peut être vu ou reconnu, les projets se trahissent, le danger n'est plus le même ou disparaît. Ainsi, dans la pensée du législateur, le vol commis pendant la nuit est le vol commis pendant les heures de l'obscurité, au milieu des ombres, après la chute et avant la naissance du jour. Nous disons que telle a été la pensée du législateur, parce que c'est dans l'ombre de la nuit que l'agent puise une audace plus grande et que le péril de son action redouble; parce que, si l'on substitue une nuit fictive à la nuit réelle, l'aggravation n'a plus de cause, la peine plus de fondement.

Aucune disposition de la loi ne repousse cette pensée logique qui seule explique l'aggravation. Comment a-t-on pu invoquer ici soit l'art. 781, soit l'art. 1037 du Code de procédure civile? N'est-il pas visible que là c'est la faveur de la liberté, ici la possibilité d'accomplir utilement certaines formes de procédure, qui a dû créer des règles et établir une nuit légale, une nuit que les agents de la force publique doivent connaître et respecter? Il est évident que la loi eût pu tout aussi bien en fixer les limites plus tôt ou plus tard; une seule chose était nécessaire, c'était de fixer les limites. Mais en matière pénale, quand il s'agit d'apprécier l'influence d'un fait physique sur la valeur morale d'une action, il n'est pas permis de substituer légèrement à ce fait des fictions de procédure, et de pré-

coniser ces fictions comme des règles de droit. Est-ce qu'une règle tracée dans une matière spéciale peut être arbitrairement transportée dans une autre? Est-ce que l'appréciation d'un fait peut être remplacée par une règle? Si c'est la nuit qui aggrave l'action, ce ne peut être que la nuit vraie et non la nuit légale.

2019. Le Code pénal, d'ailleurs, ne s'est pas servi indifféremment de cette expression. En effet, le paragraphe 10 de l'art. 471 place au nombre des simples contraventions le glanage *avant le moment du lever ou après celui du coucher* du soleil. Pourquoi n'a-t-il pas placé cette phrase dans les articles 381 et suivants? C'est qu'il distingue la nuit proprement dite de l'intervalle qui sépare le lever et le coucher du soleil; c'est que, dans les art. 381, 385 et 386, il voulait parler d'autre chose que de cet intervalle; c'est qu'il avait en vue la nuit réelle, la nuit qui aggrave le péril et par suite la moralité du vol. Dans l'art. 471, le législateur n'a tracé qu'une règle de police, règle variable et arbitraire; dans les articles relatifs au vol, il a fait dériver une criminalité plus grave d'un fait physique nécessairement invariable, et qui doit être accepté avec ses caractères propres.

Le système de la Cour de cassation s'éloigne donc entièrement, à notre avis, de l'esprit du Code. Il en est de même de celui de M. Bourguignon. Ces deux interprétations ont méconnu les exigences de la loi pénale, les caractères et les conditions de la pénalité : elles ont pris dans une autre partie du droit des dispositions toutes faites, et les ont appliquées sans examiner si la règle était en harmonie avec cette nouvelle matière, ou si elle en contrariait les éléments. Le système de M. Carnot se rapproche-t-il davantage des dispositions de la loi pénale? Il est évident qu'il méconnaît moins son esprit, mais il blesse profondément son texte. Comment admettre, quand la loi parle en général de la nuit, que cette nuit ne commencera dans chaque localité qu'à l'heure où les habitants vont se livrer au repos? Ne serait-ce pas substituer une fiction à une autre fiction? Est-ce que la nuit n'est pas un phénomène physique que les lumières artificielles et les travaux des hommes ne peuvent détruire? Comment supposer une autre nuit que la

réelle, quand la loi s'est bornée à énoncer ce mot? Nous répéterons ici avec la Cour de cassation elle-même, « qu'en désignant la nuit comme circonstance aggravante du vol, la loi n'en a fait dépendre l'existence d'aucune circonstance accidentelle[1]. »

2020. En général, la circonstance de la nuit est une circontance de fait que les juges et les jurés doivent apprécier d'après les témoignages et les preuves du procès. C'est la véritable règle de la matière. Fait d'aggravation, il appartient aux juges du fait d'apprécier son existence réelle et son influence sur la moralité du délit. Que s'il est nécessaire ensuite de poser une règle précise pour guider l'instruction, on ne peut en prendre d'autre que celle qui résulte de l'ordre physique lui-même : la nuit commence quand le crépuscule expire, elle expire quand il commence à renaître. Cette définition, conforme au fait naturel, s'accorde en même temps avec la raison de la loi. Elle constitue donc la règle qui domine, en général, les art. 381, 385, 386 et 388 du Code pénal[2]. »

[1] Arrêt déjà cité du 12 fév. 1813.

[2] V. dans ce sens l'interprétation donnée à l'art. 15 du décret du 10 août 1852, relatif à l'éclairage des voitures sur les chemins publics *pendant la nuit*, les arrêts de Cass., 7 fév. 1857, Bull. n. 54 ; 7 juin 1860, Bull. n. 131 ; 29 nov. 1860, Bull. n. 263.

CHAPITRE LXXI.

VOLS QUALIFIÉS A RAISON DU LIEU, VOLS DANS LES MAISONS ET ÉDIFICES, SUR LES CHEMINS PUBLICS.

(*Commentaire des art.* 383, 388-399 *du Code pénal.*)

§ Ier. — *Vols dans les champs.*

2021. Motifs de l'aggravation puisée dans l'exposition des effets volés dans les champs.
2022. Modifications apportées au Code pénal sur ce point (art. 388).
2023. Vols de bestiaux dans les champs.
2024. Il faut que le vol ait été commis dans les champs : ce qu'il faut entendre par champs.
2025. Il faut que le vol ait eu pour objet les bestiaux, bêtes de charge, chevaux, énumérés par le premier paragraphe de l'art. 388.
2026. Il est indifférent que les animaux volés aient été placés sous la surveillance d'un gardien.
2027. Vol des instruments d'agriculture. Éléments de ce délit.
2028. *Quid* si les circonstances aggravantes de nuit et de complicité ont accompagné le vol?
2029. Vols de récoltes prévus par le deuxième paragraphe de l'art. 388.
2030. Que faut-il entendre par le vol de bois dans les ventes ?
2031. Cas dans lesquels l'art. 388 cesse d'être applicable au vol d'arbres abattus.
2032. Vols de pierres dans les carrières.
2033. Vols de poissons dans les étangs, viviers et réservoirs.
2034. Vols de récoltes déjà détachées du sol.
2035. Ce qu'il faut entendre par récoltes ou parties de récoltes.
2036. Il importe peu que le vol ait eu pour objet toute la récolte d'une pièce de terre ou seulement une partie de cette récolte.
2037. Mais il faut que l'objet enlevé ait le caractère d'une récolte.
2038. L'art. 388 ne s'applique pas aux produits artificiels.
2039. Elle ne s'applique qu'aux vols commis au temps des récoltes.
2040. Les meules de grains font partie des récoltes. En est-il ainsi des meules de colza et de foin ?
2041. Doit-on considérer comme vol dans les champs le vol commis dans l'aire?
2042. Peines applicables aux vols de récoltes commis dans les champs.

2043. Dans quels cas ces vols prennent le caractère du vol simple ou qualifié.
2044. Dans quels cas ces vols rentrent dans les termes des art. 385 et 386.
2045. Vols de récoltes non encore détachées du sol. Dispositions de la loi pénale.
2046. Effet du concours des circonstances aggravantes sur cette espèce de vol.
2047. Le maraudage commis dans un lieu dépendant d'une maison habitée change-t-il de nature?
2048. Peines accessoires attachées à la peine principale dans tous les cas prévus par l'art. 388.
2049. Vols exécutés à l'aide d'enlèvement ou déplacement de bornes (art. 389). Modifications apportées par la loi du 13 mai 1863.
2050. Caractères et éléments de ce délit.
2051. Quelle est la signification du mot *bornes* dans cet article?

§ II. — *Vols commis dans les maisons habitées et leurs dépendances et dans les parcs et enclos.*

2052. L'habitation du lieu où le vol a été commis est un principe d'aggravation qui, joint à d'autres circonstances, justifie une peine plus élevée.
2053. Ce qu'il faut entendre par maison habitée. Examen de l'art. 390.
2054. Il importe peu que les personnes au préjudice desquelles le vol est commis habitent la maison.
2055. Il importe peu que le vol ait été commis dans la maison que le voleur habite.
2056. Les bâtiments destinés à l'habitation sont assimilés aux lieux habités.
2057. Quels bâtiments ne sont pas compris dans cette assimilation.
2058. Les cours, basses-cours, granges et écuries sont assimilées à la maison habitée comme en étant les dépendances.
2959. Ce qu'il faut entendre par les édifices renfermés dans les cours et qui en dépendent.
2060. Un jardin attenant à une maison habitée est-il une dépendance de cette maison?
2061. Vols commis dans les parcs ou enclos.

§ III. — *Vols dans les édifices consacrés aux cultes.*

2062. Caractère de ces vols dans la législation.
2063. Jurisprudence assimilant à des lieux habités les édifices consacrés aux cultes.
2064. Examen de cette jurisprudence.
2065. Modifications de la loi pénale sur ce point.

§ IV. — *Vols sur les chemins publics.*

2066. Législation ancienne relative à ces vols.
2067. Dispositions du Code pénal sur cette matière.
2068. Aggravation de l'art. 383 par la jurisprudence.

---

§ I. — *Vols dans les champs.*

2021. Les vols prévus par l'art. 388 du Code pénal, différents par l'objet auquel ils s'appliquent, sont liés par un caractère commun : leur perpétration au milieu des campagnes.

Dans notre ancien droit, les vols d'objets placés sous la garantie de la foi publique étaient des vols qualifiés, et la peine était celle des galères[1]. Le Code de 1791, maintenant cette règle, prononça contre tous ces vols indistinctement un peine afflictive. L'art. 27 de la sect. 2 du titre de ce Code portait : « Tout vol de charrues, instruments aratoires, chevaux et autres bêtes de somme, bétail, ruches d'abeilles, marchandises ou effets sur la voie publique, soit dans la campagne, soit sur les chemins, ventes de bois, foires, marchés et autres lieux publics, sera puni de quatre années de détention. » L'expérience prouva que cette peine était trop sévère, et surtout qu'elle s'appliquait avec trop d'inflexibilité à des délits d'une gravité différente : il en résultait, dans beaucoup de cas, une complète impunité. La loi du 25 frimaire an VIII voulut remédier à cet inconvénient, en attribuant la connaissance de tous ces délits aux tribunaux correctionnels. L'art. 11 de cette loi portait : « Tout vol de charrues, instruments aratoires, chevaux et autres bêtes de somme, bétail, vaches, abeilles, marchandises ou effets exposés sur la voie publique, soit dans les campagnes, soit sur les chemins, ventes de bois, foires, marchés et autres lieux

[1] Jousse, t. 4, p. 238 ; Muyart de Vouglans, p. 312.

publics, sera puni d'une peine qui ne pourra être moindre de trois mois, ni excéder une année d'emprisonnement, s'il a été commis le jour, ou qui ne pourra être moindre de six mois ni excéder deux années, s'il a été commis la nuit. » « Alors, dit le tribun Faure dans l'exposé des motifs du Code, un nouvel inconvénient se fit apercevoir. La peine était insuffisante en plusieurs cas, et l'insuffisance de la peine produisit le même effet que l'impunité. Dès lors ces sortes de délits se renouvelèrent fréquemment, et les tribunaux ont élevé de justes plaintes à cet égard. La distinction que le nouveau Code établit apportera un remède efficace au vol. Ou le vol aura été commis à l'égard des objets qu'on ne pouvait se dispenser de confier à la foi publique, tels que les vols de bestiaux, d'instruments d'agriculture, de récoltes ou de parties de récoltes qui se trouvaient dans les champs, en un mot, de choses qu'il est impossible de surveiller soi-même ou de faire surveiller : en ce cas, les coupables seront punis d'une peine afflictive ; ou les objets volés pouvaient être gardés, de sorte que c'est volontairement qu'on les aura confiés à la foi publique ; dans ce dernier cas, ce n'est plus qu'un vol simple, qui dès lors sera puni des peines de police correctionnelle. »

2022. Les mêmes objections qui s'étaient élevées contre la disposition trop absolue du Code de 1791 s'élevèrent de nouveau contre l'art. 388 du Code pénal : les jurés ne trouvaient pas la peine proportionnée au délit, et prononçaient l'acquittement des prévenus. La loi du 25 juin 1824 fut une seconde édition de la loi du 25 frimaire an VIII. L'art. 2 de cette loi portait que « les vols et tentatives de vols spécifiés dans l'article 388 seront jugés correctionnellement et punis des peines déterminées par l'art. 401. » L'art. 10 exceptait de cette dispotion ceux de ces vols qui avaient été commis par deux ou plusieurs personnes, ou qui étaient accompagnés de circonstances aggravantes. L'art. 13 ajoutait : « Lorsque les vols ou tentatives de vols de récoltes et autres productions utiles de la terre, qui, avant d'avoir été soustraites, n'étaient pas encore détachées du sol, auront été commis soit avec des paniers ou des sacs, soit à l'aide de voitures et d'animaux de charge, soit de nuit par plusieurs personnes, les individus qui en auront

été déclarés coupables seront punis conformément à l'article 401. »

C'est dans cet état de choses que la loi modificative du Code pénal intervint. Le projet de loi proposait d'appliquer à tous les vols spécifiés par l'art. 388 les peines portées par l'art. 401. La commission de la Chambre des députés voulut faire une exception à l'égard des chevaux et bêtes de charge : « Nous avons appris, dit l'un de ses membres, que les vols commis dans les champs, de chevaux et bestiaux, étaient d'autant plus fréquents, qu'il y avait eu atténuation de peine d'après la loi du 25 juin 1824. Dans cette position, et pour réprimer d'une manière efficace des vols qui devenaient trop communs, nous avons pensé qu'il fallait revenir, pour cette partie seulement, à la disposition de l'art. 388 du Code pénal, et pour les autres parties, nous nous sommes référés à la loi du 25 juin 1824. » Cette restriction ne fut point adoptée : le vol de chevaux, de bestiaux ou d'instruments d'agriculture, demeura au nombre des délits correctionnels. Quant au vol de récoltes, qui ne forme plus également dans tous les cas qu'un simple délit, la loi a distingué, pour graduer la peine, si ces récoltes étaient ou non détachées du sol : dans le second cas, comme il s'agit d'un simple maraudage, la loi ne le punit de peines correctionnelles qu'autant qu'il est commis avec certaines circonstances qui l'aggravent; dans le premier cas, au contraire, le simple enlèvement d'une partie de récoltes est puni des peines correctionnelles; mais ces peines deviennent plus fortes quand le vol est commis soit de nuit, soit de complicité, soit à l'aide de voitures ou d'animaux de charge.

Ainsi se trouve détruit le système simple et rationnel de l'ancien art. 388 : il n'importe plus que l'objet volé ait été exposé *nécessairememt* ou *volontairement* à la foi publique; qu'il ait été abandonné dans les champs par l'effet d'une nécessité absolue ou par la négligence de son propriétaire : dans les deux cas, la peine est la même. Cette distinction, qui reproduisait une règle déjà plusieurs fois appliquée par le Code, a été effacée. Elle peut encore servir à la distribution que fait le juge de la peine ; mais la loi, dès qu'elle ne prononçait dans tous les cas que des peines correctionnelles, n'a plus dû l'énon-

cer. Le principe qui semble actuellement servir de base à la gradation des peines dans l'art. 388, est la valeur des effets soustraits : « L'atténuation de la peine, a dit le garde des sceaux dans la loi du 28 avril 1832, est motivée par la modicité du prix des objets qui se trouvent enlevés dans les campagnes. » C'est à raison de la valeur présumée des objets enlevés que la peine de l'emprisonnement s'élève tantôt à deux et tantôt à cinq ans.

2023. Nous allons maintenant parcourir successivement les quatre séries de vols prévus par l'art. 388.

Le premier paragraphe de cet article porte: « Quiconque aura volé ou tenté de voler dans les champs des chevaux ou bêtes de charge, de voiture ou de monture, gros ou menus bestiaux, ou des instruments d'agriculture, sera puni d'un emprisonnement d'un an au moins et de cinq ans au plus. »

Le vol de bestiaux faisait dans le droit romain, sous le nom d'*abigeat*, l'objet d'une incrimination particulière. Le crime d'abigeat était le vol des chevaux, du bétail, commis soit dans les pâturages, soit dans les étables. *Abigei propriè hi habentur qui pecora ex pascuis, vel ex armentis subtrahunt, et quodam modo depredantur, et abigendi studium quasi artem exercent equos de gregibus, vel boves de armentis abducentes* [1]. Mais le crime était plus ou moins grave, suivant la valeur de l'animal enlevé : *Qui porcum vel capram, vel vervecem abduxit, non tàm graviter quàm qui majora animalia abigunt, plecti debet* [2]. L'enlèvement d'un seul bœuf, d'un seul cheval, suffisait pour l'existence du crime; il fallait que quatre porcs au moins ou dix brebis eussent été enlevées pour constituer le même crime [3]. Si l'enlèvement ne réunissait pas ces conditions de lieu et de nombre, ce n'était plus qu'un simple vol; *non est abigeus, sed fur potiùs*. La peine était la relégation pour les coupables de condition honnête, et la condamnation aux mines pour les personnes de condition vile; si le vol avait été commis avec des armes, cette peine était celle de mort [4].

[1] L. 1, § 1er. Dig. de abigeis; Damhouderius, cap. 13, p. 374.
[2] L. 1, § 2, eod. tit.
[3] L. eod. tit.
[4] L. 1, § 3, eod. tit.

Une ordonnance de Henri III, de 1586, portait : « Quiconque dérobera aucun bestial sera pendu et étranglé. » Cependant plusieurs coutumes avaient fait une distinction, et n'appliquaient la peine de mort qu'au vol de *chevaux, bœufs ou autres bêtes de service ou labour*[1]. Mais, dans la pratique, la peine de mort n'était jamais appliquée à ces sortes de vols, lorsqu'ils étaient commis dans les champs. « L'usage ordinaire, dit Jousse, est de condamner aux galères à temps ceux qui volent ainsi des animaux laissés dans les pâturages et abandonnés à la foi publique; et il paraît qu'il en doit être de même lorsque ces animaux sont volés dans les étables[2]. »

Nous avons vu précédemment les incertitudes du législateur dans la répression de cette espèce de vol, qu'il a considéré tantôt comme un crime, tantôt comme un simple délit. Aujourd'hui que la loi lui a reconnu définitivement ce dernier caractère, et que, dès lors, le vol de bestiaux commis dans les champs se confond dans la classe des vols simples prévus et punis par l'art. 401, il devient presque superflu d'en indiquer les caractères spéciaux. Toutefois, comme la loi, tout en les soumettant aux mêmes peines que le simple vol, en a fait l'objet d'une disposition particulière, il peut être utile encore de connaître dans quels cas cette disposition doit être observée.

2024. Une première règle, applicable d'ailleurs à toutes les parties de l'art. 388, est que le vol ne rentre dans les dispositions de cet article qu'autant qu'il a été commis *dans les champs :* c'est cette circonstance qui distingue cette classe de vols et qui leur imprime un caractère particulier. Si cette condition n'est pas constatée par le jugement, ce n'est plus cet article qu'il faut appliquer [3]. Ainsi on ne doit plus confondre, comme le faisaient la loi romaine et l'ancienne jurisprudence, le vol de bestiaux commis dans les pâturages et dans les étables : ce dernier vol prend, à raison du lieu où il est commis,

[1] Cout. de Bretagne, art. 627; de Lodève, 79, art. 12 et 13; Bouthillier, Somme rurale, l. 22, tit. 34.

[2] Traité de just. crim., t. 4, p. 266; Muyart de Vouglans, Lois crim., p. 315.

[3] Cass., 26 déc. 1811, J.P.9.799.

un caractère distinct ; il est étranger aux dispositions de l'art. 388.

Mais que faut-il entendre par *champs* dans cet article? La Cour de cassation a répondu » que par le mot *champs* on doit entendre toute propriété rurale dans laquelle sont exposés à la foi publique les objets mentionnés dans l'article; que conséquemment on doit comprendre sous le mot *champs* les terres labourables, les bois, les pâturages et autres propriétés de même nature[1]. » Cette définition est conforme à l'esprit de la loi, qui a voulu comprendre en général dans l'art. 388, ainsi que le déclare l'exposé des motifs, les vols faits dans les campagnes.

2025. La deuxième condition du délit résulte de la nature même de l'objet volé : il faut que cet objet soit l'un de ceux énumérés par l'article. Cet article parle, en général, du vol de *chevaux*, *bêtes de charge*, *gros et menus bestiaux*. Ces termes collectifs ont donné lieu de demander si le vol d'un seul cheval, d'un seul bœuf, d'une seule brebis, rentre dans cette disposition. M. Carnot a dit à ce sujet : « Il peut se faire sans doute que l'intention du législateur ait été telle; mais on ne voit pas quelle peut être la nécessité de la lui supposer, lorsqu'en prenant le texte de la loi dans son sens littéral, on y trouve écrit précisément le contraire. Les juges ne sont pas établis pour scruter les pensées du législateur; c'est le texte précis de la loi qui doit être leur texte invariable[2]. » Cette objection est évidemment insuffisante. Quand le législateur a parlé de *chevaux*, de *bêtes de charge*, de *bestiaux*, il n'a fait que désigner l'espèce des objets dont il prévoyait la soustraction; il n'a point voulu faire dépendre le délit du nombre des objets soustraits, il ne l'a fait dépendre que de l'espèce de ces objets et de la circonstance qu'ils étaient exposés à la foi publique dans les champs. La Cour de cassation a donc eu raison de déclarer : « qu'en employant les mots *chevaux*, *bêtes de charge*, au nombre pluriel, l'art. 388 a compris nécessairement dans sa disposition le

[1] Cass., 2 janv. 1813, S.4.254; J.P.11.3.
[2] Comm. du Code pénal, t. 2, p. 316.

cas où le vol n'aurait pour objet qu'un seul cheval ou une seule bête de charge [1]. »

2026. Il est indifférent que les animaux volés soient, au moment du vol, placés sous la surveillance d'un gardien : la loi est générale et s'applique sans distinction aux vols commis dans les champs. La Cour de cassation a décidé en conséquence : « que l'art. 388 ne fait aucune distinction entre les animaux qui sont sous la surveillance d'un gardien et ceux qui ne sont pas surveillés ; que cette espèce de surveillance dans les champs n'a pas en effet pour objet et ne saurait avoir l'effet de garantir les animaux surveillés des entreprises des voleurs qui voudraient les soustraire à leurs propriétaires ; que, malgré cette surveillance, ils ne sont pas moins confiés à la foi publique, et qu'il est essentiellement dans l'intérêt de l'agriculture qu'ils soient, dans l'un comme dans l'autre cas, sous la protection spéciale de la loi [2]. »

2027. Le premier paragraphe de l'art. 388 comprend, à côté du vol de bestiaux, le vol d'*instruments d'agriculture.* Ce délit a le même caractère et se compose des mêmes éléments que le premier. Il suffit, pour son existence, que le vol soit commis dans un champ, et qu'il ait pour objet un instrument d'agriculture.

Il suffit que le vol ait été commis dans un champ. Ainsi, lorsque cette circonstance est constatée, l'application de la loi ne serait point écartée par la seule déclaration que l'instrument volé n'était pas exposé à la foi publique [3]. Si cette exposition est le fondement de l'article, la loi a nécessairement supposé son existence quand le vol est commis dans les champs ; et de même qu'il serait superflu d'ajouter que l'objet était exposé dans les champs à la foi publique, de même le fait de sa non-exposition ne détruit pas le délit, s'il est constaté que le vol a eu lieu dans les champs : c'est là l'unique condition de la loi, et nous avons déjà appliqué cette règle au vol de bestiaux qui

[1] Cass., 2 janv. 1813, S.4.254 ; J.P.11.3 ; 12 déc. 1812, S.4.245 ; J.P.10.886.

[2] Cass., 8 oct. 1818, S.5.536 ; J.P.14.1035.

[3] Cass., 18 juin 1819, S.6.85 ; J.P.15.337.

se trouvaient, au moment du vol, sous la surveillance d'un gardien.

La loi n'a point défini les *instruments d'agriculture.* On doit comprendre dans ces mots tous les instruments qui servent aux travaux de la terre. Au reste, la nature de ces instruments est une question de fait qu'il appartient aux juges d'apprécier. Ainsi, une Cour avait décidé qu'une brouette, quoiqu'elle puisse éventuellement servir à des usages d'agriculture, ne peut pas être considérée comme un instrument d'agriculture, dans le sens de la loi. La Cour de cassation a rejeté le pourvoi formé contre cette décision [1]. Elle aurait sans doute rejeté le pourvoi si la décision eût été rendue dans le sens opposé.

2028. Une observation qui s'applique au premier paragraphe tout entier de l'art. 388, c'est que ce paragraphe n'a prévu que le vol simple de bestiaux ou d'instruments d'agriculture. Ainsi, lorsque ce vol se trouve accompagné de circonstances aggravantes, telle que celles de nuit et de complicité, il sort des termes de l'art. 388 et doit être considéré comme vol qualifié [2]. Il n'existe, en effet, aucun motif pour soustraire cette espèce de vol à l'empire des règles générales du Code : la loi ne l'a point rangé dans une classe spéciale, elle ne l'a point puni d'une peine moindre que les vols simples ; elle s'est bornée à l'assimiler à ces vols. Il doit donc, comme eux, subir l'aggravation résultant des circonstances qui le rendent plus dangereux.

2029. Après les vols de bestiaux et d'instruments d'agriculture, la loi a prévu les vols de récoltes : c'est le sujet des paragraphes 2 et 3 de l'art. 388. Les récoltes sont, comme les instruments, exposées à la foi publique ; elles ont donc besoin de la même protection, et les délits dont elles sont l'objet ont évidemment les mêmes caractères.

Aussi le deuxième paragraphe de l'art. 388 se réfère explicitement au premier lorsqu'il porte : « Il en sera de même à l'égard des vols de bois dans les ventes et de pierres dans les carrières, ainsi qu'à l'égard du vol de poissons en étang, vivier ou réservoir. »

[1] Cass., 29 juill. 1813, J.P.11.588.
[2] Cass., 18 avril 1834, Journ. du dr. crim., t. 6, p. 220.

Cette disposition est passée, sans modification, de l'ancien dans le nouvel article; mais elle a subi implicitement l'influence du changement fait dans le paragraphe précédent. Les vols qu'elle prévoit sont donc devenus de simples délits, et la peine de l'emprisonnement s'est trouvée substituée à celle de la reclusion.

2030. Les difficultés que fait naître ce paragraphe ne peuvent s'élever que de la définition des objets auxquels il s'applique. Que faut-il entendre, en premier lieu, par *vol de bois dans les ventes ?* Le mot *vente* comprend, dans le langage forestier, toute coupe de bois en exploitation ; il s'agit donc du vol des bois coupés qui sont laissés dans les ventes ou dans les coupes de bois, et qui sont de véritables récoltes confiées par nécessité à la foi publique. Tels sont les bois empilés par un adjudicataire pendant la durée de son exploitation, les fagots produits par l'ébranchage des arbres qui s'émondent, la coupe d'un bois en exploitation [1].

Faut-il admettre, avec la Cour de cassation, qu'aucune distinction ne doit être faite entre les bois qui sont déposés dans les ventes pendant la durée de l'exploitation, et ceux qui y demeurent déposés plusieurs années après cette exploitation achevée [2] ? La loi comprend, à la vérité, sans distinction, les vols commis dans les ventes; mais le même motif ne se présente pas dans les deux hypothèses qui viennent d'être posées. Pendant la durée de la coupe, le propriétaire ou l'adjudicataire est obligé d'abandonner son bois à la foi publique. La coupe terminée, cet abandon est purement volontaire, et il doit s'imputer son défaut de précaution. Les mêmes conditions de répression n'existent donc pas. Les *ventes*, d'ailleurs, doivent perdre leurs dénominations au moment où la coupe est achevée, où la nécessité de l'exposition du bois a cessé d'exister ; et dans la loi pénale toutes les expressions doivent être restreintes dans leur sens propre. Il nous paraît donc que la Cour de cassation s'est écartée de l'esprit de l'art. 388, mais on doit ajouter que cette question n'a plus qu'un faible intérêt

[1] Cass., 7 mars 1828, Bull. n. 66.
[2] Cass., 28 fév. 1812, S.4.40; J.P.10.159.

depuis que, dans les deux hypothèses, la peine est devenue identique.

2031. Si les bois ont été façonnés dans la vente même, s'ils ont été, par exemple, taillés en poutres, sciés en planches, ils ne peuvent plus être considérés comme récoltes dans le sens de l'art. 388 : ils sont devenus des marchandises ; leur exposition n'est plus nécessaire ; leur soustraction rentre dans les termes de l'art. 401. La Cour de cassation a jugé, conformément à cette règle, qu'un vol de planches, eût-il été commis dans une vente, n'est qu'un vol simple, « attendu que les planches ne peuvent être considérées comme des récoltes dans le sens de l'art. 388 [1]. »

Si le bois a été déposé dans un autre lieu que *dans les ventes*, cet article est également inapplicable. Ainsi, la Cour de cassation a dû déclarer que le vol de bois commis soit *dans les champs* [2], soit *dans une prairie* [3], ne rentre pas dans ses dispositions. La prévision de l'article s'est bornée à l'étendue et à la durée *de la vente*, et il n'est pas permis d'étendre la loi au delà de ses termes précis.

Toutefois une distinction doit être posée. Une Cour d'assises avait appliqué l'art. 388 au vol de deux arbres abattus et exposés dans un champ. Le pourvoi en cassation fut fondé sur ce que ces arbres, n'étant point une production ordinaire du champ, ne pouvaient être considérés comme une récolte de ce champ et par conséquent que l'art. 388 était étranger à ce vol; mais la Cour rejeta ce pourvoi, « attendu qu'il a été déclaré par le jury que les deux arbres coupés et leurs branchages étaient exposés à la foi publique dans un champ, et que l'arrêt, en décidant qu'ils formaient une récolte, et en prononçant la peine portée par l'art. 388, n'a point commis de contravention expresse à cet article [4]. » Ainsi, les bois ne sont plus considérés ici que comme une *récolte* du champ, et, sous ce rapport,

[1] Cass., 5 mars 1818, S.5.416; J.P.14.684.
[2] Même arrêt.
[3] Cass., 2 juin 1815, S.5.58; J.P.12.750.
[4] Cass., 1er mars 1816, S.5.161 ; J.P.13.306.

les 3e, 4e et 5e paragraphes de l'article deviennent applicables[1].

2032. Les vols de *pierres dans les carrières* s'expliquent par la même règle. Il s'agit encore ici de la récolte, si l'on peut parler ainsi, donnée par les carrières, des pierres qui en sont le produit, et que le propriétaire de la carrière est forcé d'exposer momentanément à la foi publique. Les pierres qui auraient une autre origine, ou qui seraient déposées dans un autre lieu, ne donneraient pas lieu, à raison de la soustraction dont elles auraient été l'objet, à l'application de l'art. 388. Il faut entendre par carrières, dans le sens de cet article et de la loi du 21 avril 1810, non-seulement l'excavation par l'orifice de laquelle les pierres sont tirées, mais toutes les dépendances qui sont contiguës, et qui servent soit à l'extraction, soit au dépôt de pierres[2].

2033. Les vols de *poissons dans les étangs, viviers et réservoirs*, ont toujours été assimilés aux vols de récoltes : « Comme les poissons, dit Muyart de Vouglans, sont censés faire partie du fonds même auquel ils sont attachés, on ne peut douter qu'il n'en soit des vols qui se commettent à cet égard, comme de ceux qui se font des fruits de nos jardins, c'est-à-dire qu'ils sont également sujets à la peine des vols contre la foi publique[3]. »

Telle est la raison qui a fait distinguer les vols des poissons commis dans les étangs et réservoirs, et ceux qui sont commis dans les cours d'eau quelconques. La pêche illicite sur les fleuves, les rivières navigables ou flottables et les cours d'eau, est prévue et punie par les dispositions de la loi du 15 avril 1829. Le même fait commis dans les étangs, viviers et réservoirs, rentre dans les termes de l'art. 388 et se trouve frappé d'une peine plus grave[4]. C'est que la propriété de ces poissons est plus certaine; placés dans la pièce d'eau par le propriétaire du fonds, ils font partie de ses fruits; ce n'est donc pas seule-

[1] Conf. Cass., 11 oct. 1845, Bull. n. 325.

[2] Cass., 27 avril 1866, Bull. n. 124.

[3] Lois crim., p. 319. Une ordonnance de François 1er, de juillet 1536, portait : « Les larrons de garennes et étangs soient punis comme les autres larrons. » Une ordonnance de Henri IV, de 1607, portait : « Selon l'édit de notre grand-oncle le roi François, seront les larrons de garennes et étangs très-rigoureusement châtiés et punis des peines ordonnées contre les autres larrons. »

[4] Cass., 11 déc. 1834, Bull. n. 396.

ment un fait de pêche que la loi punit dans ce cas, mais un véritable vol.

Il suit de là que, pour que l'art. 388 soit applicable, il est nécessaire que le jugement constate que le poisson volé était renfermé dans un étang, vivier ou réservoir [1]. Telle est la condition constitutive de cette espèce de vol. Autrement l'enlèvement du poisson constituerait soit un fait de pêche ordinaire si le poisson se trouvait dans un cours d'eau, soit un vol simple s'il se trouvait dans des paniers.

La Cour de cassation a décidé que l'art. 388 était également applicable, soit que l'étang fût rempli de ses eaux habituelles, soit qu'il fût en pêche [2]. On peut objecter à cette décision que si, dans un étang rempli de ses eaux, le poisson est abandonné à la foi publique, il n'en sera pas ainsi lorsqu'il est en pêche; que le propriétaire peut alors le faire surveiller; que sa confiance est volontaire, et que le délit change de caractère. Cette restriction ne nous semble ni dans le texte ni dans l'esprit de la loi : le texte de la loi comprend tous les vols commis dans les étangs; son esprit est d'atteindre tous les vols qui ont pour objet les récoltes exposées à la foi publique : or, n'est-ce pas une sorte de récolte que la mise en pêche d'un étang poissonneux? n'en est-il pas des poissons exposés dans cet étang par l'écoulement des eaux, comme des gerbes exposées dans un champ au temps de la moisson?

2034. Nous arrivons maintenant aux récoltes proprement dites. Le troisième paragraphe de l'art. 388 est ainsi conçu : « Quiconque aura volé ou tenté de voler, dans les champs, des récoltes ou autres productions utiles de la terre, déjà détachées du sol, ou des meules de grains faisant partie des récoltes, sera puni d'un emprisonnement de quinze jours à deux ans, et d'une amende de 16 fr. à 200 fr. »

Cette disposition n'existait point dans l'ancien art. 388, qui s'était contenté d'incriminer les vols des *récoltes ou meules de grains faisant partie de récoltes*. Ces termes un peu ambigus avaient fait naître plusieurs difficultés. On avait prétendu res-

[1] Cass., 27 août 1813, J.P.11.673.
[2] Cass., 15 avril 1813, *ibid.*, p. 297; S.4.331.

treindre le mot *récoltes* aux seules récoltes de *grains*, et ce n'est pas sans peine que cette interprétation avait été combattue. « L'article, faisait remarquer M. Merlin, ne dit pas que, pour qu'il y ait vol de récoltes, il est nécessaire que les récoltes consistent en grains, et dès qu'il ne le dit pas, on ne doit pas le sous-entendre. A la vérité, lorsqu'elles sont mises en meules dans les champs, la loi ne soumet à la peine de la reclusion qu'autant qu'elles consistent en *grains;* mais prétendre que le mot *grains* doive se rapporter au mot *récoltes*, comme au mot *meules*, c'est un système que condamne ouvertement la construction de la phrase. Dans cette hypothèse, en effet, il serait inutile de répéter le mot *grains* après le mot *meules*, puisqu'une meule faisant partie d'une récolte de grains serait nécessairement une meule de grains. »

2035. La Cour de cassation avait déclaré, conformément à ce réquisitoire, « qu'on doit entendre par les mots *récoltes* ou *parties de récoltes*, employés dans l'art. 388, tous fruits ou productions utiles de la terre, qui, séparés de leurs racines ou de leurs tiges par le fait du propriétaire ou de celui qui le représente, sont laissés momentanément dans les champs jusqu'à ce qu'ils soient enlevés et enfermés dans un lieu où ils peuvent être particulièrement surveillés[1]. Cette définition a été en quelque sorte adoptée par la loi modificative du Code pénal; en effet, cette loi ajoute dans l'art. 388, après le mot *récoltes*, ces mots : *ou autres productions utiles de la terre déjà détachées* du sol. Ainsi l'article s'applique expressément maintenant, non-seulement aux récoltes des grains, mais à tous les fruits et les productions de la terre qui, séparés de leurs tiges, de leurs racines ou de leurs branches, sont exposés à la foi publique : toute restriction serait contraire à la disposition générale de la loi. — Ainsi il faut décider que l'art. 388 s'applique : 1° au vol de racines de garance lorsqu'elles sont arrachées de la terre et exposées dans un champ[2]; 2° au vol de pommes de terre mises en tas dans le champ sur lequel elles ont été récol-

[1] Cass., 17 avril 1812, S.4,78; J.P.10.307.
[2] Cass., 5 déc. 1811, J.P.9.755.

tées[1]; 3o au vol de gerbes d'orge rangées dans un champ[2]; 4° au vol de sacs de maïs en épis[3]; 5° au vol de pommes ramassées sous les pommiers[4].

2036. Il importe peu que le vol ait eu pour objet toute la récolte d'une pièce de terre, ou seulement une partie de cette récolte; car le mot *récoltes* employé dans l'art. 388 ne signifie pas seulement la récolte de toute une pièce de terre, il signifie aussi la récolte d'une partie quelconque de cette pièce. On ne peut, en effet, supposer dans cette disposition une restriction de laquelle il résulterait que de deux malfaiteurs dont l'un aurait volé tous les fruits recueillis dans un champ d'un hectare, et l'autre les dix-neuf vingtièmes des fruits recueillis dans un champ de vingt hectares, le premier serait plus coupable que le second[5]. La Cour de cassation a jugé dans ce sens « que l'art. 388 ne restreint pas le sens du mot *récoltes* au produit entier d'une pièce de terre; et qu'en effet, l'on ne concevrait pas que des fruits de la terre dussent, pour avoir la qualification de récoltes, être le produit total d'un champ, et qu'une récolte partielle ne fût pas une récolte; que ces expressions *ou meules de grains faisant partie de récoltes*, ne sauraient servir à prouver que le mot *récoltes*, qui précède, ne s'entend que des récoltes entières; qu'il est impossible que, pour que le vol d'une partie de récoltes ait le caractère de crime, il faille que les grains volés fussent en meules[6]. »

2037. Mais il est nécessaire que l'objet volé soit une récolte ou fasse partie d'une récolte, c'est-à-dire soit une partie quelconque des fruits de la terre détachés du sol, et qui restent exposés à la foi publique jusqu'à ce qu'ils aient été serrés dans les édifices du maître ou de celui qui en a les droits. Ainsi, en premier lieu, les productions de la terre non encore détachées de leurs tiges ne sont point considérées comme des récoltes, dans le sens du § 3 de l'art. 388. Le vol des fruits attenants à

[1] Cass., 10 fév. 1814, *ibid.*, t. 12, p. 87, S.4.535.
[2] Cass., 27 fév. 1813, S.4.293; J.P.11.174.
[3] Cass., 17 juill. 1812, S.4.152; J.P.10.580.
[4] Cass., 16 mai 1867, Bull. n. 120.
[5] Cass., 5 nov. 1813, J.P.11.295.
[6] Cass., 15 oct. 1812, S.4.202; J.P.10.747.

leurs racines n'est, ainsi qu'on le verra plus loin, qu'un maraudage que la loi punit de peines moins sévères [1]. Il faut que les productions de la terre aient été détachées par le propriétaire lui-même ou celui qui le représente; car ce n'est qu'alors qu'elles prennent le caractère de récoltes gisantes dans le champ et exposées à la foi publique. Il ne suffirait donc pas qu'elles eussent été coupées un jour par le prévenu et enlevées le lendemain par lui : le fait ne constituerait encore qu'un maraudage [2].

2038. L'art. 388 n'applique, dans son § 3, le mot *récoltes* qu'aux *productions de la terre*. Il suit de là, et telle a été aussi la décision de la Cour de cassation, que le vol des gâteaux de miel d'une ruche [3], et que le vol de sel qui ne se forme que par des moyens artificiels [4], ne rentrent pas dans ces termes, bien que les objets puissent aussi être considérés comme des récoltes. L'article contient même une sorte de restriction : il n'étend sa protection qu'aux productions *utiles* de la terre. Mais quelles productions de la terre sont complétement inutiles? Le sens de cette expression restrictive est de limiter l'application de l'article aux productions qui ont quelque valeur, et de ne pas provoquer l'exercice de l'action publique à raison d'enlèvements d'objets qui sont le plus souvent abandonnés dans les campagnes par leurs propriétaires.

2039. Enfin, l'application de l'article est limitée aux vols commis au temps des récoltes. Ce n'est, en effet, qu'à cette époque que le propriétaire est forcé d'abandonner momentanément les fruits de ses terres à la foi publique : à toute autre époque sa confiance est volontaire; ici elle est nécessaire, et l'art. 388 a précisément pour objet de protéger cette exposition forcée. C'est d'après cette distinction que la Cour de cassation a jugé qu'un vol de pommes de terre commis au mois d'avril, dans un champ, ne rentrait pas dans les termes de cet article, « parce qu'à cette époque les pommes de terre volées n'étaient plus en état de récolte; qu'elles avaient même été enfouies;

[1] Cass., 13 août et 6 nov. 1812, S.4.168 et 216; J.P.10.646 et 782; 9 nov. 1866, Bull. n. 232.

[2] Cass., 17 avril 1812, S.4.78; J.P.10.307.

[3] Cass., 10 juill. 1812. S.4.150; J.P.10.562.

[4] Cass., 31 juill. 1818, S.5.513; J.P.14.952.

qu'elles ne pouvaient donc être considérées que comme des fruits de la terre confiés volontairement et sans nécessité à la foi publique[1]. » La même Cour a jugé encore, d'après la même règle, « que l'art. 388 ne peut s'appliquer qu'aux vols de récoltes non engrangées, laissées dans les champs par insuffisance réelle ou présumée de granges ou greniers; que cette disposition pénale ne peut s'appliquer à des objets qui ne sont plus des récoltes, mais seulement des fruits de la terre précédemment récoltés et enlevés du champ; que dès lors le vol, commis, au mois de mars, de navets récoltés avant l'hiver, et placés aux champs dans une fosse pour les préserver de la gelée, sans nécessité, par suite de la volonté du propriétaire, ne rentre point dans la catégorie des crimes prévus par l'art. 388[2]. »

2040. Cette article assimile aux récoltes gisantes dans le champ, *les meules de grains faisant partie de récoltes.* Ainsi, lorsque les récoltes ne sont plus gisantes, lorsqu'elles sont mises en meules dans les champs, l'application de l'art. 388 cesse, à moins que ces meules ne consistent en grains. « L'objet de la loi, suivant un arrêt de la Cour de cassation, en s'expliquant d'une manière particulière et expresse sur le vol de meules de grains faisant partie de récoltes, a été évidemment de donner à ces amas de grains formés pour rester après la récolte fixée, et pendant un temps plus ou moins long, dans le champ qui les a produits, où ils sont abandonnés à la foi publique, la même garantie qu'aux grains, tant en épis qu'en gerbes, que le cultivateur est forcé de laisser momentanément sur la terre en attendant leur transport dans les granges[3]. » Si cette garantie est restreinte aux meules de grains, c'est qu'il ne s'agit plus d'une exposition nécessaire, que dès lors cette disposition est une sorte d'exception au principe de l'article, et que cette exception a dû se borner à la production la plus utile et qui, dans l'usage, reste pendant longtemps exposée à la foi publique.

Ainsi le vol de colza mis en meules dans les champs ne ren-

[1] Cass., 12 janv. 1815, S.5.8; J.P.12.533.
[2] Cass., 11 juin 1829, Bull. 119.
[3] Cass., 15 oct. 1812, S.4.202; J.P.10.747.

trerait pas dans les termes de l'art. 388, « attendu, suivant la Cour de Douai, que par grains on ne doit entendre que les fruits et semences de blé, de seigle, d'orge, d'avoines et autres gros et menus grains, nullement les graines et grenailles des plantes oléagineuses, telles que les graines de colza, lin, camomille, pavots ; que la garantie particulière que la loi a donnée aux productions de la première espèce ne peut donc être étendue à celles de la deuxième [1]. » Et la Cour de cassation a confirmé cette décision par le motif « que, dans son acception usitée et ordinaire, le mot *grains* ne comprend point le colza, et qu'ainsi le vol de colza mis en meules ne peut être assimilé au vol de meules et grains faisant partie de récoltes [2]. » La même décision serait applicable au vol de foin ou de chaume en meules. Ainsi, dans l'esprit de l'art. 388, il faut ou que les récoltes soient gisantes, ou que, si elles sont en meules, elles consistent en grains; en sorte que le vol de récoltes mises en meules et consistant en produits non qualifiés de grains, n'est pas atteint par ses dispositions.

2041. Un caractère essentiel à tous les vols de récoltes est qu'ils aient été commis *dans les champs* [3] ; mais doit-on considérer comme commis dans les champs le vol commis dans l'*aire* où le grain a été battu ? Un arrêt de la Cour d'assises de la Haute-Garonne avait décidé « qu'en droit, une aire dépilatoire est assimilée à un champ, et n'est autre chose qu'un champ où l'on dépose et où l'en entasse les récoltes soit pour les dépiquer, soit pour les faire sécher. » Et la Cour de cassation rejeta purement et simplement le pourvoi formé contre cet arrêt [4]. La question s'est représentée deux fois, et cette jurisprudence, évidemment trop absolue, s'est modifiée. La Cour de cassation prit soin de constater, dans un premier arrêt,» que le lieu où avait été commis le vol de blé imputé au prévenu était une propriété rurale sur laquelle ledit blé faisant

1 Arr. Douai, 15 août 1813, J.P.12.191.

2 Cass., 28 avril 1814, S.4.559; J.P.12.191, et Merlin, Rép., v° Vol, sect. 2, § 3.

3 Cass., 22 janv. 1821, Bull. n. 11.

4 Cass., 17 juill. 1812, S.4.152 ; J.P.10.580.

partie de récoltes était exposé à la foi publique[1]. » Enfin la même Cour, développant cette distinction dans un deuxième arrêt, a déclaré « que les aires destinées au battage des blés sont ou des lieux ouverts hors des enclos ruraux, dans des terrains compris sous cette dénomination : *les champs ;* ou des lieux fermés, dans des enclos et dépendances des maisons habitées; que quand des grains faisant partie de récoltes sont laissés sur une aire située dans les champs, en attendant leur transport dans le grenier ou dans la grange, le vol de ces grains ainsi confiés à la foi publique rentre dans la disposition de l'art. 388; mais que le vol de ces mêmes objets sur une aire placée dans un terrain fermé, où ils ne sauraient être considérés comme abandonnés à la foi publique, n'est qu'un vol simple, prévu par l'art. 401, s'il a été commis sans aucune circonstance aggravante[2]. » Cette dernière jurisprudence est conforme à l'esprit de l'article : une aire, par cela seul que des blés y sont déposés, ne peut être réputée de droit un champ; la présomption ne peut remplacer le fait. Le but spécial de l'art. 388 a été de protéger les objets exposés à la foi publique; ce qu'il faut donc considérer, c'est si l'objet est exposé dans l'aire à la foi publique, c'est-à-dire si l'aire est placée au milieu des champs; car, dans ce cas, il n'existerait aucun motif pour soustraire le vol qui y serait commis aux dispositions de l'article : mais si l'aire est placée auprès des granges, si elle est séparée des champs, si elle est une dépendance des bâtiments, il est impossible de la considérer comme un champ, et l'article devient évidemment inapplicable.

2042. La peine du vol des récoltes commis dans les champs, lorsqu'il n'est accompagné d'aucune circonstance aggravante, est un emprisonnement de quinze jours à deux ans et une amende de 16 francs à deux cents francs. Il résulte de cette pénalité, ainsi atténuée par la loi du 28 avril 1832, une conséquence singulière. Sous l'empire du Code de 1810, il était important de distinguer si les vols de récoltes avaient été commis dans les champs ou dans un autre lieu, puisque, dans le

[1] Cass., 27 fév. 1813, S.4.293; J.P.11.175.
[2] Cass., 21 juin 1821, S.6.458; J.P.16.690.

premier cas, la peine était la reclusion, et dans le second un emprisonnement que l'art. 401 permettait d'élever jusqu'à cinq ans. Aujourd'hui la même distinction a conservé son intérêt ; mais, par la raison inverse, le *maximum* de la peine des vols de récoltes commis dans les champs est de deux années d'emprisonnement ; commis dans tout autre lieu, ils deviennent passibles, comme auparavant, des dispositions de l'article 401, qui élèvent cette peine à cinq ans. Ainsi une circonstance que le législateur de 1810 avait considérée comme aggravante, l'exposition des objets à la foi publique, est devenue, à l'égard des vols de récoltes détachées du sol, une véritable cause d'atténuation : non, il faut le dire, que la moralité du fait ait changé aux yeux de la loi ; mais lorsque le législateur de 1832 s'est déterminé à fixer le *maximum* de la peine du vol des récoltes à un taux inférieur à celui du vol simple, il n'a vu que la modicité du prix des parties de ces récoltes qui sont enlevées dans les campagnes, et il ne s'est pas aperçu qu'il laissait sous l'empire du droit commun, et par conséquent sous l'application de l'art. 401, les autres vols de la même nature, qui ne sont pas commis au temps des récoltes, et qui cependant ont moins de gravité, puisqu'ils s'attaquent à des objets qui sont exposés volontairement et non point nécessairement à la foi publique.

Mais la peine remonte au taux de celle du vol simple, lorsque l'enlèvement des récoltes est accompagné de certaines circonstances qui en aggravent le caractère. Le quatrième paragraphe de l'art. 388 porte : « Si le vol a été commis soit la nuit, soit par plusieurs personnes, soit à l'aide de voitures ou d'animaux de charge, l'emprisonnement sera d'un an à cinq ans, et l'amende de seize francs... »

On doit remarquer, d'abord, que le législateur s'étant borné à prévoir, dans ce paragraphe, l'enlèvement des récoltes *à l'aide de voitures ou d'animaux de charge*, il faut en conclure que cet enlèvement n'éprouverait aucune aggravation de ce qu'il serait *effectué soit avec des paniers ou des sacs ou autres objets équivalents*. Cette dernière circonstance n'est une aggravation que pour le maraudage ; la loi n'en a pas fait une circonstance

aggravante du vol des récoltes, et dès lors elle ne doit exercer aucune influence sur le délit.

2043. La rédaction de ce paragraphe a fait naître une question grave : cesse-t-il d'être applicable si le vol, au lieu d'être *commis soit la nuit, soit par plusieurs personnes, soit à l'aide de voitures ou d'animaux de charge*, est commis avec deux de ces circonstances ou même avec les trois réunies? La Cour de cassation a décidé que l'art. 388 était inapplicable au vol des récoltes commis la nuit en réunion de plusieurs personnes, et que ce vol rentrait dans les termes de l'art. 386; les motifs de cette décision sont « que la circonstance de la nuit imprime à un délit un caractère extraordinaire de gravité, surtout en ce qui concerne les objets nécessairement exposés à la foi publique, tels que les récoltes détachées du sol, sur lesquelles le propriétaire est, à cause du temps consacré à son repos, dans l'impossibilité de veiller; tellement que cette circonstance de la nuit, jointe à celle du concours de deux ou plusieurs personnes pour consommer ou tenter le vol, ôte au fait le caractère de délit pour lui imprimer celui du crime; que le mot *soit* est, dans cette acception, une conjonction alternative qui s'emploie indifféremment comme cette autre conjonction alternative *ou*, ce qui résulte même du quatrième paragraphe de l'art. 388, dans lequel on lit : *Soit à l'aide de voitures ou d'animaux de charge*, et qui ne doit pas être confondue avec la conjonction copulative *et*, qui lie tous les membres de la phrase, tandis que les conjonctions alternatives *soit* et *ou* les disjoignent; que la récolte détachée du sol d'un champ fort étendu pourrait, pendant la nuit et avec le concours de plusieurs personnes, être entièrement enlevée; que si, dans quelques cas, la peine peut paraître trop sévère, soit à cause de la modicité du vol, soit à cause de l'état misérable de ses auteurs, le remède se trouve dans l'obligation imposée au président de la Cour d'assises d'avertir le jury qu'il existe des circonstances atténuantes, il doit en faire la déclaration[1]. » Cette décision, quoiqu'elle semble s'appuyer sur le texte de l'article 388, ne paraît point à l'abri de quelques objections. D'abord

[1] Cass., 8 fév. 1834, S.34.1.299; 15 déc. 1842, Bull. n. 327.

on doit remarquer que l'art. 13 de la loi du 25 juin 1824 avait réuni ces deux circonstances en une seule, en mettant : *soit à l'aide de voitures et d'animaux de charge, soit de nuit par plusieurs personnes.* Or, rien n'indique que la loi du 28 avril 1832 ait voulu ajouter à la sévérité de cette disposition ; il semble qu'en séparant ces circonstances, son seul but ait été de ne pas exiger leur concours pour l'application de la peine. En effet, si l'art. 388 distingue par le mot *soit* les trois circonstances aggravantes du vol de récoltes, ce mot n'exclut point leur réunion ; il les sépare pour les énumérer, non pour les isoler les unes des autres. Voyez les conséquences : le vol commis dans une maison habitée est puni d'un emprisonnement qui peut s'élever jusqu'à cinq ans ; le vol de récoltes dans les champs est puni d'un emprisonnement qui ne peut s'élever que jusqu'à deux ans ; supposez que ces deux vols aient été commis de complicité : dans le premier cas la peine sera de la reclusion, dans le deuxième cinq ans d'emprisonnement. Voilà donc deux délits inégalement punis, et qui, par conséquent, aux yeux de la loi, sont empreints d'une criminalité inégale. Ajoutons maintenant, dans les deux hypothèses, la circonstance de la nuit : cette circonstance, d'après l'art. 386, n'exercera aucune influence sur la première peine ; mais d'après le système de la Cour de cassation, elle élèvera la seconde jusqu'à la reclusion. Or, n'est-ce pas là une conséquence contradictoire et qui condamne un système ? Comment admettre que les dispositions du Code puissent se heurter ainsi entre elles ? que le même fait soit là une circonstance indifférente, ici une cause d'aggravation ? que deux vols jusque-là inégaux soient punis de la même peine, par suite de l'adjonction d'un même fait à l'un et à l'autre ? Ne serait-il pas, d'un autre côté, contradictoire encore que les deux circonstances de nuit et de complicité pussent changer la nature du vol de récoltes et lui imprimer le caractère du crime, tandis que la réunion avec l'une ou l'autre de ces circonstances du fait d'avoir fait usage de voitures ou d'animaux de charge n'exercerait aucune influence sur le vol ? Ces trois circonstances sont mises sur la même ligne, elles ont une valeur identique ; comment la dernière pourrait-elle être indifféremment cumulée avec les

deux autres, et comment la réunion de celles-ci serait-elle une cause d'aggravation ? Il faut rappeler enfin que les vols de récoltes ne causent qu'un préjudice très-modique; que le législateur a senti la nécessité d'atténuer leur pénalité pour assurer leur répression; que les trois circonstances énumérées dans le quatrième paragraphe de l'art. 388 n'en changent point le caractère, et que, dès lors, c'est méconnaître l'esprit de la loi que d'enlever à ces vols leur qualification propre, et de les punir comme des vols ordinaires, lors même qu'ils sont commis de nuit, en réunion de plusieurs personnes.

2044. La Cour de cassation a jugé encore, dans une espèce analogue, que lorsque le vol des récoltes est accompagné de circonstances différentes et d'une nature plus grave, il reste régi par le droit commun et rentre dans les dispositions générales du Code; que, par conséquent, la circonstance de port d'armes pendant sa perpétration doit le faire rentrer dans les termes de l'art. 385. Il faut reconnaître que le texte du Code se prête mieux que dans la première espèce à cette interprétation : l'art. 388 est muet sur la circonstance du port d'armes ; on peut donc conclure que cette circonstance ramène le vol dans les termes du droit commun. Toutefois, si l'on s'élève aux règles qui dominent le Code, cette décision peut soulever encore de fortes objections. Un vol ordinaire commis la nuit dans une maison habitée est puni, aux termes de l'art. 386, de la peine de la reclusion; un vol de récoltes commis la nuit dans les champs n'est passible que d'une peine correctionnelle. Or, cette pénalité différente doit suivre les deux délits dans leurs aggravations diverses. Supposons donc dans ces deux espèces la circonstance du port d'armes apparentes ou cachées ; quel sera son effet dans la première? Cet effet sera nul, la peine restera la même ; l'art. 386 ne fait résulter aucune aggravation de la réunion de ces circonstances. Dans la deuxième espèce, au contraire, la seule présence de cette circonstance imprimerait au fait le caractère d'un crime, et le rendrait passible de la peine de la reclusion : or cette conséquence contradictoire indique ou que la loi manque d'unité, ou qu'elle est contraire à l'esprit de cette loi. On peut ajouter que les circonstances qui accompagnent un vol de récoltes ne peuvent changer la nature

de ce vol, qu'elles peuvent seulement déterminer l'application d'une peine plus forte, lorsque la loi a attaché une aggravation de peine au concours de ces circonstances. Or le quatrième paragraphe de l'art. 388 n'a prévu, comme circonstance aggravante du vol des récoltes, que certains faits parmi lesquels ne se trouve pas le port d'armes; cette circonstance doit donc rester indifférente dans l'appréciation du délit. Il s'agit d'un vol d'une espèce spéciale : l'art. 388 est la loi de la matière; on ne peut donc le faire sortir de ses dispositions et l'assimiler aux vols ordinaires, sous prétexte d'une circonstance qui n'altèr pas son caractère propre [1].

2045. Le cinquième paragraphe de l'art. 388 prévoit le vol des récoltes non encore détachées du sol, ou le maraudage.

Les art. 34 et 35 de la loi du 28 septembre-6 octobre 1791, titre 2, portaient : « Quiconque maraudera, dérobera les productions de la terre qui peuvent servir à la nourriture des hommes, ou d'autres productions utiles, sera condamné à une amende égale au dédommagement dû au propriétaire ou fermier; il pourra aussi, suivant les circonstances du délit, être condamné à la détention de police municipale. Pour tout vol de récoltes fait avec des paniers ou des sacs, ou à l'aide des animaux de charge, l'amende sera du double du dédommagement; et la détention, qui aura toujours lieu, pourra être de trois mois, suivant la gravité des circonstances. » Ces deux articles sont restés en vigueur et ont seuls été appliqués aux vols de cette nature jusqu'à la promulgation de la loi du 23 juin 1824.

L'art. 13 de cette loi s'était borné à ranger parmi les vols simples : « les vols et tentatives de vols de récoltes et autres productions utiles de la terre qui, avant d'avoir été soustraites, n'étaient pas encore détachées du sol, commis soit avec des paniers ou des sacs, soit à l'aide de voitures ou d'animaux de charge, soit de nuit par plusieurs personnes. » Cette disposition n'abrogeait que l'art. 35 de la loi du 28 septembre-6 octobre 1791.

La loi du 28 avril 1832 contient un système complet de lé-

[1] V. dans ce sens, Cass., 22 mars 1816, S.5.172; J.P.13,351.

gislation sur cette matière. L'art. 475, n° 15, du Code pénal punit d'une amende, depuis 6 fr. jusqu'à 10 fr. inclusivement, ceux qui dérobent, sans aucune des circonstances prévues en l'art. 388, des récoltes ou autres productions utiles de la terre, qui, avant d'être soustraites, n'étaient pas encore détachées du sol. » Le § 5 de l'art. 388 a reproduit, en le modifiant, l'article 13 de la loi du 25 juin 1824 : « Lorsque le vol de récoltes ou autres productions utiles de la terre, qui, avant d'être soustraites, n'étaient pas encore détachées du sol, aura eu lieu soit avec des paniers ou des sacs ou autres objets équivalents, soit la nuit, soit à l'aide de voitures ou d'animaux de charge, soit par plusieurs personnes, la peine sera d'un emprisonnement de quinze jours à deux ans, et d'une amende de 16 fr. à 200 francs. » Ces deux dispositions ont définitivement remplacé les art. 34 et 35 du titre 2 de la loi du 28 septembre-6 octobre 1791. Le vol de récoltes sur pied ou le maraudage n'est donc qu'une simple contravention, lorsqu'il est commis par une seule personne, de jour, et sans emploi de paniers, sacs ou de moyens de transport. Il ne devient un délit passible d'une peine correctionnelle que lorsqu'il est commis soit avec des paniers ou des sacs, ou autres objets équivalents, soit la nuit, soit à l'aide de voitures ou d'animaux de charge, soit par plusieurs personnes [1].

2046. Ici se présentent les deux questions que nous avons examinées tout à l'heure, à l'égard du vol des récoltes coupées. La réunion de plusieurs de ces circonstances aggravantes a-t-elle pour effet de transformer le délit en crime? Le concours d'une circonstance aggravante non prévue par cet article a-t-il le même résultat? Nous ne pourrions que répéter les observations que nous avons déjà énoncées sur ces deux points. Nous ajouterons seulement que ces observations acquièrent une force plus grande encore de leur application au simple maraudage, car la distance qui le sépare du crime est plus éloignée ; car il semble plus difficile que la présence d'une seule circonstance étrangère, telle, par exemple, que le port d'armes, suffise pour élever la peine de deux degrés ; car enfin, quand la réunion de

1 Cass., 22 janv. 1864, Bull. n. 18 ; 16 mai 1867, Bull. n. 121.

trois des circonstances prévues par ce paragraphe, celles de la nuit, de l'emploi de paniers et de l'emploi de voitures ne peut changer le caractère du délit, il serait étrange de faire résulter cette aggravation de la réunion des circonstances de la nuit et de la complicité.

2047. Mais ce paragraphe 5 de l'art. 388 a fait naître une question spéciale. Si le maraudage a été commis, non dans les champs, mais dans un lieu dépendant d'une maison habitée, change-t-il de nature? doit-il être considéré comme un vol simple ? La Cour de cassation a répondu affirmativement, « attendu que le maraudage n'est que l'enlèvement de fruits de la terre attenants à leurs racines, commis dans des champs ouverts; que, par conséquent, il ne peut se référer aux enlèvements de fruits de même nature commis dans des lieux clos attenants à une maison d'habitation ; que, par le concours de cette dernière circonstance, ces enlèvements de fruits constituent non un simple maraudage, mais des vols rentrant dans l'application de l'art. 401. » Cette décision nous paraît conforme à l'esprit de la loi, qui n'a diminué la peine des vols de récoltes qu'à raison non-seulement de la modicité des objets volés, mais aussi de la facilité avec laquelle le vol s'exécute. Dès que le vol quitte les champs et se rapproche des habitations, il devient plus dangereux, et la loi doit protéger par une peine plus efficace les lieux habités. A la vérité, le cinquième paragraphe de l'art. 388 n'a point énoncé, comme le précédent, que le vol doit être commis *dans les champs*, mais il se réfère nécessairement aux mêmes dispositions que le précédent, et d'ailleurs il est de l'essence du maraudage d'être commis dans les champs.

2048. L'art. 388 se termine par la disposition suivante : « Dans tous les cas spécifiés au présent article, les coupables pourront, indépendamment de la peine principale, être interdits de toutou partie des droits mentionnés en l'art. 42, pendant cinq ans au moins et dix ans au plus, à compter du jour où ils auront subi leur peine. Ils pourront aussi être mis par l'arrêt ou le jugement, sous la surveillance de la haute police pendant le même nombre d'années. » Cette pénalité, qui s'étend *à tous les cas spécifiés* par l'article, semble peu en har-

monie avec le peu de valeur des vols prévus par le quatrième paragraphe; comme elle est purement facultative, il appartient aux juges d'en réserver l'application aux délits les plus graves compris dans les dispositions de cet article.

2049. Le Code pénal a prévu une dernière espèce de vol commis *dans les champs :* il s'agit des vols exécutés à l'aide de l'enlèvement ou du déplacement des bornes. L'art. 389, modifié par la loi du 13 mai 1863, est ainsi conçu :

« Art. 389. Tout individu qui, pour commettre un vol, aura enlevé ou tenté d'enlever des bornes servant de séparation aux propriétés, sera puni *d'un emprisonnement de deux à cinq ans et d'une amende de* 16 *à* 500 *fr.* Le coupable pourra en outre être privé des droits mentionnés en l'art. 42 pendant cinq ans au moins et dix ans au plus, à compter du jour où il aura subi sa peine, et être mis par l'arrêt ou le jugement sous la surveillance de la haute police pendant le même nombre d'années. »

La modification apportée à cet article, et qui a consisté à substituer des peines correctionnelles à la peine de la reclusion, a été motivée comme suit :

« Cet article punit de la reclusion le vol des récoltes dans les champs commis à l'aide des déplacements ou de l'enlèvement des bornes. En décomposant ce fait pour rechercher la peine de chacun des deux délits dont il se compose, on trouve que la suppression ou le déplacement des bornes est puni d'un mois à un an de prison (art. 456) et le vol des récoltes de 15 jours à deux ans, quand elles étaient déjà détachées du sol (art. 388, § 3). Que le concours de ces deux faits et l'aggravation réciproque qui en résulte puissent aboutir à une forte peine correctionnelle, cela se conçoit, mais qu'on le grossisse aux proportions d'un crime passible de la reclusion, cela ne paraît pas juste, ni en rapport avec la distribution ordinaire des peines. On voit, en effet, dans l'art. 388, § 4, que ce même vol de récoltes, commis avec les circonstances aggravantes de la nuit et de pluralité de personnes, n'est puni que d'un emprisonnement correctionnel qui peut s'élever à cinq ans et d'une amende de 16 à 500 fr. »

Le rapport, après avoir énoncé cette proposition, s'est borné à ajouter que la commission n'y voyait aucun danger et qu'elle croyait que la peine correctionnelle serait mieux en rapport avec l'infraction et les peines infligées à des faits analogues. Cette modification, de même que toutes les rectifications qui ont transformé en délits des faits qualifiés crimes, n'a changé aucune des conditions de l'incrimination.

2050. Il importe de déterminer avec précision l'objet de cette disposition. Son but n'est point de réprimer les usurpations de terres, les envahissements d'héritages ; car il s'agit d'un vol, et le vol, ainsi que nous l'avons vu, ne s'applique qu'aux choses mobilières. D'ailleurs, la suppression des bornes, avec le but de détruire les limites des différents héritages, forme un délit distinct qui fait l'objet de l'art. 456 du Code pénal [1].

Dans l'art. 389, le législateur a prévu un mode d'exécution spécial du vol des récoltes dans les champs : si, pour s'approprier les récoltes d'autrui, l'agent a enlevé ou déplacé des bornes servant de séparation aux propriétés, le vol de ces récoltes s'aggrave à raison du moyen employé pour l'exécuter. L'enlèvement ou le déplacement des bornes est donc une circonstance aggravante du vol; cette circonstance en change le caractère, elle lui imprime la qualification de crime.

M. Carnot pense que si la suppression ou la translation des bornes n'a eu pour but qu'un vol de fruits encore sur pied, l'art. 389 ne serait pas applicable, parce qu'il s'agirait plutôt d'un maraudage que d'un vol proprement dit [2]. Cette opinion est visiblement erronée. D'abord, le maraudage est un véritable vol que la loi a puni d'une peine légère parce qu'il cause un préjudice minime, mais qui n'en a pas moins les caractères du vol. Ensuite, la loi n'a point distingué : elle considère l'enlèvement ou le déplacement des bornes comme une circonstance suffisante pour qualifier toute espèce de vols commis par ce moyen, quel que soit l'objet de ces vols; il est donc interdit de faire aucune distinction.

2051. Quelle est la signification du mot *bornes* dans l'article 389 ? « On appelle *bornes*, suivant Jousse, tout ce qui sert à distinguer et séparer des héritages, tel que pierres, arbres, haies, piliers, fossés, et autres choses plantées ou faites à cette fin [3]. » M. Carnot n'a pas pensé que ce mot dût avoir un sens

[1] C'est aussi à ce deuxième délit que s'applique le tit. 21 du livre 47 du Dig. *de termino moto*.

[2] Comm. du Code pénal, t. 2, p. 328.

[3] Traité de just. crim., t. 3, p. 338.

aussi étendu : « L'art. 389, dit-il, n'ayant parlé que des bornes, sans y avoir assimilé les autres marques qui auraient pu servir de limites aux propriétés, telles que des haies vives ou mortes, des pieds corniers ou autres arbres qui auraient été plantés ou reconnus pour être la séparation des héritages, leur enlèvement ou déplacement, aurait-il même été suivi de vol, ne ferait pas entrer le délit dans l'application de l'art. 389. L'art. 456 a bien mis ces marques sur la même ligne que les bornes, mais c'est pour le cas seulement qu'a prévu cet article, de sorte que l'on ne pourrait en appliquer la disposition à l'art. 389 que par induction [1]. » Cette restriction est conforme au texte de la loi ; elle résulte également du rapprochement des art. 389 et 456 ; enfin, on peut dire à l'appui que l'attention du législateur a dû se porter uniquement sur la suppression ou le déplacement des bornes, parce que les bornes seules font foi par elles-mêmes des limites des héritages, et que leur déplacement ne laisse aucune trace, tandis que celui des arbres, haies ou pieds corniers ne peut s'opérer sans laisser des vestiges faciles à constater. C'était donc par le déplacement des bornes que les vols devaient principalement s'exécuter ; c'était donc ce fait que la sollicitude du législateur devait surtout avoir en vue.

§ II. — *Vols commis dans les maisons habitées et leurs dépendances, dans les parcs et enclos.*

2052. La circonstance que le vol a été commis *dans une maison habitée ou servant à l'habitation* n'est point elle-même une circonstance aggravante, car ce vol ne cesse pas d'être un simple délit. Mais cette circonstance contient un principe d'aggravation qui se développe et modifie le caractère du délit lorsqu'elle se réunit à certains faits extérieurs. Elle est alors la condition qui imprime à ces faits un caractère plus grave ; elle est le sujet auquel s'appliquent les accidents qui, d'après la loi, servent à modifier la qualification du fait. En un mot, elle sert d'élément pour constituer une circonstance aggravante ; mais, considérée abstractivement, elle n'en constitue point.

[1] Comm. du Code pénal, t. 2, p. 326.

On trouve l'application de cette distinction dans les art. 381, n° 4, 385 et 386, n° 1, du Code pénal. Le premier de ces articles considère, en effet, comme un élément d'aggravation : « Si les coupables ont commis le crime soit à l'aide d'effraction extérieure ou d'escalade ou de fausses clefs, *dans une maison ou logement habité, ou servant à l'habitation.* » « Si le vol a été commis la nuit par deux ou plusieurs personnes, ou s'il a été commis avec une de ces deux circonstances seulement, mais en même temps *dans un lieu habité ou servant à l'habitation.* » Ainsi, ce sont l'effraction, l'escalade, les fausses clefs, la nuit et la complicité qui sont les véritables circonstances aggravantes; la maison habitée n'est que le lieu où la moralité de ces circonstances se développe, la condition de leur criminalité [1].

Le but du législateur, en établissant ce principe d'aggravation, a été de protéger l'habitation, c'est-à-dire le lieu destiné à la demeure des citoyens. Leur surveillance, qui suffit pour prévenir les vols commis pendant le jour et par une seule personne, est impuissante quand ces vols sont commis la nuit, avec des circonstances qui révèlent le dessein d'employer la violence. D'ailleurs, leur sûreté individuelle est menacée, soit par l'exécution audacieuse du vol lui-même, soit parce que cette exécution peut les exciter à repousser par la force les agresseurs, et compromettre dès lors leur vie. Tels sont les motifs qui ont porté le législateur à édicter dans certains cas, contre ces sortes de vols, une peine plus grave, et à leur donner la qualification de crime.

2053. Le Code a expliqué ce qu'il faut entendre par maison habitée. L'art. 390 est ainsi conçu : « Est réputé maison habitée tout bâtiment, logement, loge, cabane, même mobile, qui, sans être actuellement habité, est destiné à l'habitation, et tout ce qui en dépend, comme cours, basses-cours, granges, écuries, édifices qui y sont enfermés, quel qu'en soit l'usage, et quand même ils auraient une clôture particulière dans la clôture ou enceinte générale. »

Cette disposition exige plusieurs observations. On doit re-

[1] Cass., 29 mai 1830, Bull. n. 146 et 147.

marquer, d'abord, que la loi ne définit pas *la maison habitée;* elle se borne à lui assimiler les bâtiments qui, sans être habités, sont destinés à l'habitation, et les dépendances des maisons habitées. La maison habitée est tout bâtiment qui sert actuellement à l'habitation. Il importe peu que ce bâtiment soit, par sa destination principale, affecté à quelque autre usage; dès qu'une personne l'habite, le fait de cette habitation lui imprime le caractère d'une maison habitée. Ainsi, dans une espèce où le vol avait été commis dans une étable séparée par un chemin de la maison habitée, la chambre d'accusation avait déclaré « que cette étable ne pouvait pas être considérée comme une dépendance de cette maison, et que, d'un autre côté, elle n'était pas elle-même une maison habitée dans le sens de la loi. » Mais la Cour de cassation a infirmé cette décision, par le motif « qu'il a été reconnu, depuis le résultat de l'instruction, que le vol a été commis la nuit, dans une étable où couchait habituellement une personne chargée spécialement par le propriétaire de surveiller les bestiaux et fourrages que contenait ladite étable, et que cette personne y couchait la nuit même où le vol a été commis; que cette étable était donc, à l'égard de la personne qui y avait la surveillance, un logement qui est réputé maison habitée[1]. » C'est donc le fait même, et non la distinction de la maison, qui établit la maison habitée; et en effet, tous les motifs qui ont fait puiser dans cette circonstance un principe d'aggravation subsistent dès que le bâtiment où se commet le vol est le lieu d'habitation d'une personne, puisque ce vol expose sa sûreté personnelle et fait présumer aussitôt dans l'agent une criminalité plus grave.

2054. Il n'est point nécessaire que la maison soit habitée par les personnes au préjudice desquelles le vol a été commis; la loi n'a point exigé cette condition, et elle ne pouvait la prescrire; il suffit que cette maison soit habitée par d'autres personnes. Les conséquences du vol sont les mêmes dans les deux cas : ce n'est pas, en effet, parce que la victime habite la maison que le vol est plus grave, c'est parce que le vol est commis dans un lieu habité. La Cour de cassation a sanctionné cette

[1] Cass., 4 sept. 1812, p. 186; J.P.10.710.

décision, en déclarant « qu'en déterminant comme circonstance aggravante du vol le cas où il a été commis dans une maison habitée, la loi n'a fait aucune distinction relativement aux personnes auxquelles la maison sert d'habitation ; qu'ainsi la Cour n'a pu, dans l'espèce, écarter la circonstance aggravante de maison habitée, sur le motif que la maison où le vol a été commis n'était point celle dans laquelle la personne volée avait son habitation[1]. »

2055. Il n'est également permis de faire aucune distinction pour le cas où le vol a été commis dans la maison même que le voleur habite. A la vérité, on peut supposer, dans cette hypothèse, quelques espèces qui ne présentent pas les motifs d'aggravation que nous avons exposés plus haut ; mais ces motifs existent dans d'autres cas : tel est, par exemple, celui où le voleur, locataire de la maison, commettrait un vol pendant la nuit chez un locataire voisin. D'ailleurs la loi ne fait aucune exception. Il faut donc décider, avec la Cour de cassation, « que l'art. 386, qui pose la circonstance aggravante de la maison habitée, ne distingue pas le cas où cette maison serait habitée par le voleur et celui où elle serait habitée par la personne volée[2]. » Toutefois, dans une espèce où l'accusé avait été déclaré coupable de vol à l'aide d'effraction dans l'habitation commune du voleur et de la victime, la Cour de cassation a décidé « que le vol commis dans une maison habitée par le voleur ne peut être distingué de celui commis dans une maison qui aurait été habitée exclusivement par une personne qui lui serait étrangère, et que, dans l'un et l'autre cas, la loi ne donne pas aux Cours d'assises le pouvoir discrétionnaire de modifier la peine[3]... » Cette décision est rigoureusement conforme au texte de la loi.

2056. L'art. 390 assimile à la maison habitée *tout bâtiment, logement, loge, cabane, même mobile, qui, sans être actuellement habité, est destiné à l'habitation.* Ici ce n'est plus le fait

[1] Cass., 24 juin 1813, p. 382 ; J.P.11.494.

[2] Cass., 10 déc. 1836, Bull. n. 386 ; S.37.1.830 ; 30 sept. 1869, Bull. n. 219.

[3] Cass., 10 fév. 1827, Bull. n. 34.

qui détermine le caractère de la maison, c'est sa destination : il faut donc reconnaître, avec la Cour de cassation, « que, dans les art. 384, 386 et 389, l'acception des termes *lieu ou maison habitée ou servant à l'habitation*, n'est pas restreinte aux édifices en construction, où serait établie l'habitation permanente et continuelle ; que dès lors elle comprend nécessairement, dans le sens légal comme dans le sens naturel, ceux où se fait une habitation accidentelle ou temporaire [1]. » En un mot, il suffit que l'édifice soit destiné à recevoir des habitants, et disposé à cet effet, pour qu'il ait le caractère légal d'une maison habitée ; l'habitation, en effet, devient, dans ce cas, possible à tout moment, et dès lors la maison appelle la même protection que si elle était effectivement habitée.

D'après cette règle, il faut décider : 1° qu'une maison de campagne, qui ne serait habitée qu'accidentellement, et dans laquelle même il ne serait pas établi de concierge, n'en serait pas moins, dans le sens du Code, une maison habitée [2] ; 2° qu'un bateau dans lequel se trouve un logement pour le conducteur, qui cependant n'y fait pas sa demeure habituelle, doit être considéré comme une maison habitée, « attendu que l'art. 390 parle généralement de tout bâtiment, et qu'ainsi les bateaux, qui peuvent servir de logement ou d'habitation, y sont compris nécessairement [3] ; 3° que les édifices même publics rentrent dans la même catégorie, dès qu'ils ont la même destination qui avait été établie par l'art. 15 de la section 2 du titre 2 du Code de 1791, et par l'art. 4 de la loi du 25 frimaire an VIII : ces édifices, excepté toutefois ceux qui sont consacrés aux cultes, sont confondus dans la classe générale des bâtiments, et ne subissent d'autre distinction que celle qui résulte de leur destination. Ainsi les vols dans les hospices, qui étaient punis, avant le Code pénal, comme étant commis dans des édifices publics [4], doivent être maintenant considérés comme commis dans une maison habitée.

[1] Cass., 23 août 1821, S.6.495 ; J.P.16.871.
[2] Carnot, Comm. du Code pénal, t. 2, p. 329.
[3] Cass., 8 oct. 1812, S.4.198 ; J.P.10.738.
[4] Cass., 29 oct. 1808, S.2.576 ; J.P.7.187.

2057. Il faut décider, au contraire, par application de la même règle, qu'un vol commis dans un édifice public, et, par exemple, dans un magasin militaire [1], n'est point réputé commis dans une maison habitée, lorsqu'il ne résulte d'aucune des pièces du procès que ce magasin fût un lieu habité ou servant à l'habitation ; — qu'un bateau-poste faisant le trajet de Cette à Toulouse sur le canal du Midi ne rentre pas dans la définition de la loi, « attendu que ce bateau-poste n'est ni un bâtiment, ni une loge, ni une cabane; que le but de l'art. 390 a été de protéger l'habitation, c'est-à-dire un lieu destiné à la demeure des citoyens, et qu'un bateau de la nature de celui dont il s'agit, destiné uniquement au transport des personnes et des marchandises, ne pouvait recevoir d'assimilation légale qu'avec une voiture publique [2]. » La même décision doit s'étendre encore au vol commis dans une voiture publique. L'article 21 de la section 2 du titre 2 du Code de 1791 portait : « Tout vol commis dans lesdites voitures (les coches, messageries et autres voitures publiques), par les personnes qui y occupent une place, sera puni de quatre années de détention. » Le vol fut déclaré purement correctionnel, et la peine réduite à une année d'emprisonnement par l'art. 8 de la loi du 25 frimaire an VIII. En présence de ces deux dispositions, notre Code a gardé le silence; il faut naturellement en conclure qu'il a voulu conserver à ce délit le caractère que lui avait assigné la loi du 25 frimaire an VIII, et qu'il l'a confondu, en conséquence, parmi les vols simples prévus par l'art. 401. Comment, d'ailleurs, sans une évidente extension, appliquer la qualification de *maison habitée*, telle que l'explique l'art. 390, à une voiture publique qui n'est ni un bâtiment, ni un logement, ni une loge, ni une cabane? Comment considérer une voiture momentanément occupée par des voyageurs comme leur habitation, comme leur demeure? La Cour de cassation n'a également vu dans cette espèce de vol qu'un vol simple, et elle a déclaré « que le but de l'art. 390 a été de protéger l'habitation, c'est-à-dire le lieu destiné à la demeure des citoyens, et

[1] Cass., 9 janv. 1834, J.P.18.330.
[2] Cass., 6 mars 1846, Bull. n. 69.

qu'il n'y a aucune assimilation légale entre un tel lieu et une diligence [1]. »

2058. L'art. 390 assimile ensuite à la maison habitée « tout ce qui en dépend, comme cours, basses-cours, granges, écuries, édifices qui y sont enfermés, quel qu'en soit l'usage, et quand même ils auraient une clôture particulière dans la clôture ou enceinte générale. » Ainsi un vol est réputé fait dans une maison habitée, non-seulement lorsqu'il est commis dans les bâtiments qui composent cette maison, mais encore lorsqu'il est commis dans toutes ses *dépendances*. Quelle est la signification de ce mot? Il faut remarquer, d'abord, que l'énumération contenue dans cette disposition n'est pas limitative ; cela résulte clairement du texte de la loi qui procède par forme d'exemple, *comme cours*, *basses-cours*, et ces objets ne sont donc qu'une démonstration; la loi s'en est servie pour expliquer sa pensée ; elle n'en exclut aucun autre, pourvu qu'ils rentrent dans les mêmes conditions. La condition de la *dépendance* des lieux est qu'ils soient renfermés dans l'enceinte de la maison : c'est là le sens que l'art. 390 a donné à cette expression ; car il parle restrictivement des granges, écuries, édifices qui sont renfermés dans la clôture générale. Il ne suffit donc pas que le lieu, quel qu'il soit, soit dépendant par destination de la maison, s'il n'en dépend pas par le fait; il ne suffit pas qu'il soit attenant à cette maison, s'il n'est pas compris dans la même enceinte. Cette règle a été consacrée dans une espèce où le vol avait été commis dans une cave dépendante d'une maison habitée, mais qui n'était ni annexée à cette maison, ni comprise dans la même enceinte. La Cour de cassation a jugé que l'art. 390 n'était pas applicable, « attendu que cet article n'exige pas seulement une dépendance de destination ; que cette dépendance doit être de fait, en sorte que celui qui habite la maison ou qui doit l'habiter ait sous sa surveillance ce corps dépendant, comme toute autre partie de la maison [2]. » Au contraire, dans une espèce où l'objet volé était le plomb du

[1] Cass., 7 sept. 1827, Bull. n. 235 ; et conf. Cass., 6 mars 1846, Bull. n. 69 ; S.46.1.427.

[2] Cass., 30 mai 1812, J.P.10.433.

toit d'une maison dans laquelle le voleur n'était point entré, il a été jugé : « que les termes de l'art. 390 sont indicatifs et non limitatifs, et qu'ils s'appliquent nécessairement à un chéneau en plomb qui forme une partie essentielle à la toiture de la maison et qui la préserve de l'introduction des eaux pluviales ; que dès lors ce chéneau doit être considéré comme partie intégrante du bâtiment et se trouve compris dans ces mots : *et tout ce qui en dépend*[1]. »

2059. Les mots *édifices qui y sont renfermés* se rapportent nécessairement aux cours et basses-cours, c'est-à-dire qu'un édifice renfermé dans une cour ou basse-cour dépendant d'une maison habitée est réputé lui-même maison habitée ; mais de là il ne faut pas conclure qu'il ne peut exister d'édifices *dépendant d'une maison habitée* que lorsqu'ils sont enfermés dans les cours ou basses-cours qui dépendent de cette maison ; car, si tel était le sens de la loi, les bâtiments qui enferment les cours et basses-cours, au lieu d'y être enfermés, ne pourraient jamais être considérés comme dépendant de la maison habitée à laquelle les cours et basses-cours appartiennent ; or, une telle conséquence serait évidemment absurde[2]. Un arrêt pose en principe « que l'art. 390, qui explique ce qui doit être réputé maison habitée, ne fait rentrer dans son assimilation que les locaux qui dépendent de l'habitation, comme cours et basses-cours, granges, écuries et édifices qui y sont enfermés, quand même ils auraient une clôture ou enceinte générale, lesquels ne forment réellement qu'un seul tout avec la maison et réclament, dans l'intérêt des habitants, la même protection ; mais que *être attenant* à une maison habitée n'est pas la même chose que *en dépendre;* que, au premier cas, les deux bâtiments se touchent, mais sans corrélation nécessaire, et peut-être même sans communication entre eux ; tandis que, au second cas, les édifices renfermés dans la même enceinte constituent en réalité deux parties de la même habitation[3].

2060. La question s'est élevée de savoir si un jardin atte-

[1] Cass., 10 sept. 1841, Bull. n. 276.
[2] Merlin, Rép., v° Vol.
[3] Cass., 25 mai 1848, Bull. n. 159.

nant à une maison habitée est une dépendance de cette habitation. M. Merlin, portant la parole sur cette question, reconnut que les dépendances d'une maison habitée n'ont pas, en matière pénale, un sens aussi étendu qu'en matière de legs ou de vente; encore que, dans ces matières, la simple destination suffise pour constater une dépendance, il n'en est pas de même en matière pénale, et qu'un terrain n'est censé dépendre d'une maison qu'autant qu'il y tient immédiatement. « Mais ici, ajoutait ce magistrat, ce n'est pas d'une simple dépendance de destination qu'il s'agit. Le jardin dans lequel a été commis le vol a été déclaré par le jury tenir à la maison habitée. Il y a donc entre la maison et le jardin une dépendance réelle et immédiate; le jardin est donc compris dans ces termes de la loi pénale : *tout ce qui en dépend*. Et peut-on douter qu'un jardin attenant à une maison habitée ne soit compris dans les dépendances de cette maison? Qu'importe que, dans l'art. 390, les jardins ne soient expressément désignés? L'art. 390 les désigne suffisamment par cela qu'il dit *tout ce qui en dépend*[1] ». La Cour de cassation a consacré cette doctrine, en déclarant « qu'un jardin attenant à une maison en est une dépendance; qu'un vol qui y est commis doit donc être considéré et caractérisé comme s'il avait été commis dans la maison même; que les énonciations portées dans l'art. 390, pour déterminer ce qui doit être regardé comme dépendance d'une maison habitée, ne sont point restrictives, qu'elles sont évidemment démonstratives; que le mot *comme*, qui précède ces énonciations, en exclut nécessairement tout sens limitatif; qu'un jardin tenant à une maison habitée en est tout aussi bien une dépendance que la cour et la basse-cour de cette maison; qu'il est, comme elles, dans son enceinte générale[2] ». Cette interprétation, qui a été combattue par M. Legraverend[3], ne nous paraît point, comme à cet auteur, contraire au texte de la loi. Ce texte, nous l'avons dit, n'est nullement limitatif; nous ne

[1] Rép., v° Vol, sect. 2, § 3; Cass., 18 juin 1812, J.P.10.486.

[2] Cass., 18 juin 1812, J.P.10.486; 20 juin 1826, Bull, n. 14; et 2 mai 1832, S.32.1.330; Journ. du dr. crim., t. 4, p. 125.

[3] Législ. crim., t. 2, p. 134.

voyons donc pas par quel motif un jardin ne serait pas compris dans les dépendances d'une maison habitée aussi bien qu'une cour, s'il est attenant à cette maison et compris dans la même clôture. M. Legraverend objecte qu'un jardin peut être d'une vaste étendue, et que la définition de la loi hésite alors à s'y appliquer. Cette étendue ne change rien à la question. La loi a voulu qu'une protection spéciale fût accordée à la sûreté et à la sécurité du maître de la maison dans un jardin qui, tenant à son habitation, est placé sous sa surveillance directe, et destiné par sa position à son usage personnel : le vol commis dans ce jardin expose sa sûreté, en l'excitant à des actes de défense contre ses auteurs. Or, quelle que soit l'étendue du jardin, le danger est le même dès qu'aucune clôture ne l'isole de la maison, dès qu'il ne fait qu'un même tout avec l'habitation ; il n'existe donc aucun motif de ne pas le comprendre, comme les cours et les autres dépendances de la maison, dans les termes de l'art. 390.

Mais si un jardin attenant à une maison habitée peut être considéré comme une dépendance de cette maison, ce n'est qu'autant qu'il est compris dans l'enceinte générale, c'est-à-dire qu'il est entouré d'une clôture. La même décision ne s'appliquerait donc pas à un *simple emplacement*, lors même qu'il serait déclaré que cet emplacement dépend d'une maison habitée ; c'est ce que la Cour de cassation a décidé, en s'appuyant sur ce que, « en effet, une cour dépendante d'une maison habitée est un espace à découvert, enfermé dans la clôture ou enceinte générale de la maison ; que le mot *emplacement*, au contraire, est une expression vague qui ne suppose aucune clôture, ni générale, ni particulière, et qui, dans son acception, ne signifie qu'un endroit propre à une construction ou à toute autre destination ; qu'il ne peut donc désigner ni une cour, ni un parc, ni un enclos. [1]»

2061. Les vols commis dans les *parcs* ou *enclos* peuvent être assimilés, à certains égards, aux vols commis dans une maison habitée ; en effet, cette circonstance, non aggravante par elle-même, renferme néanmoins un principe d'aggrava-

[1] Cass., 1er avril 1820, S.6.210 ; J.P.15.901.

tion, et devient, comme la maison, un élément nécessaire de certaines circonstances, telles que l'escalade, réputées aggravantes par la loi.

L'art. 391 est ainsi conçu : « Est réputé *parc* ou *enclos* tout terrain environné de fossés, de pieux, de claies, de planches, de haies vives ou sèches, ou de murs de quelque espèce de matériaux que ce soit, quelles que soient la hauteur, la profondeur, la vétusté, la dégradation de ces diverses clôtures, quand il n'y aurait pas de porte fermant à clef ou autrement, ou quand la porte serait à claire-voie et ouverte habituellement. »

Si les parcs et enclos étaient attenants à une maison habitée, et s'ils en dépendaient, ils seraient alors considérés comme dépendances de cette maison, et le vol qui y serait commis rentrerait dans les dispositions des art. 384 et 386 du Code pénal.

L'art. 392 ajoute : « Les parcs mobiles destinés à contenir du bétail dans la campagne, de quelque manière qu'ils soient faits, sont ainsi réputés enclos ; et lorsqu'ils tiennent aux cabanes mobiles ou abris destinés aux gardiens, ils sont réputés dépendants de maisons habitées. » Cette dernière disposition est la conséquence de l'art. 390, qui répute maison habitée toute *cabane, même mobile*, destinée à l'habitation ; il suit de là que les parcs mobiles doivent être réputés dépendants de maison habitée, pourvu qu'ils tiennent immédiatement à la cabane du gardien.

§ III. — *Vols dans les édifices consacrés aux cultes.*

2062. La loi romaine mettait au nombre des sacriléges les vols des choses sacrées, lors même qu'elles n'étaient pas déposées dans un lieu sacré : *Lege Julia peculatùs tenetur qui pecuniam sacram, religiosam, abstulerit, interceperit* [1]; mais le vol, même commis dans un lieu sacré, de choses appartenant à des particuliers, n'était point un sacrilége : *Res privatorum si in ædem sacram depositæ subreptæ fuerint, furti actionem, non sacrilegii esse* [2].

[1] L. 4, Dig. ad leg. Jul. peculatùs et de sacrilegiis.
[2] L. 5, eod. tit.

Cette distinction, que le droit canonique avait effacée en rangeant ces deux faits dans la classe des sacriléges[1], fut maintenue par la jurisprudence. Les auteurs faisaient une distinction entre le *vol d'église* et le *vol fait dans les églises : Inter sacrum in sacro et non sacrum in sacro.* Le vol des choses consacrées à Dieu était un sacrilége, parce que ce vol renfermait une profanation de choses saintes : tel était le vol des calices, ciboires, reliques, images, et même des troncs d'églises. Mais le vol des choses non consacrées à Dieu, bien que commis dans une église, était considéré comme un vol ordinaire : seulement la peine était aggravée à raison du lieu où ce crime avait été commis[2]. La déclaration du 4 mai 1724 portait dans son art. 1er, relatif à cette dernière espèce de vol : « Ceux ou celles qui se trouveront convaincus de vols ou de larcins faits dans les églises, ensemble leurs complices et suppôts, ne pourront être punis de moindre peine que, savoir : les hommes, des galères à temps ou à perpétuité, et les femmes, d'être flétries d'une marque en forme d'une lettre V, et enfermées à temps ou pour leur vie dans une maison de force : le tout sans préjudice de la peine de mort, s'il y échet, suivant l'exigence des cas. » Cette peine de mort était, dans la plupart des circonstances, la peine du vol sacrilége[3].

L'Assemblée constituante supprima l'incrimination du sacrilége et du vol sacrilége ; le vol dans les églises se trouva confondu dans la série des vols commis dans les édifices publics. Les art. 12 et 15 de la section 2 du titre 2 du Code de 1791 punissaient de huit années de fers le vol commis dans une maison habitée ; mais le deuxième paragraphe de ce dernier article portait : « Toutefois, ne sont point compris dans la précédente disposition les salles de spectacle, boutiques, édifices publics ; les vols commis dans lesdits lieux seront punis de quatre années de fers. » Ainsi le vol dans une maison habitée était puni, sous cette législation, d'une peine double de celle du vol dans une église.

[1] C. si quis contumax, § 1x, quæst. 4.

[2] Jousse, t. 4, p. 97 et 206 ; Muyart de Vouglans, p. 304.

[3] Lévit., chap. 10, n. 16 ; l. 1, 6 et 9, Dig. ad leg. Jul. pecul. et de sacrilegiis. Edit de juill. 1682.

Le Code pénal de 1810 effaça l'incrimination du vol dans les édifices publics; les édifices où se commettait le vol ne devinrent un élément d'aggravation de ce délit que dans le seul cas où ils étaient destinés à l'habitation. Le vol commis dans un édifice consacré au culte n'était donc plus qu'un vol simple.

2063. La Cour de cassation crut toutefois apercevoir dans les dispositions du Code une pénalité plus sévère; elle considéra les édifices consacrés aux cultes comme des lieux habités: « attendu, porte un premier arrêt, que l'acception des termes *maison habitée ou servant à l'habitation* n'est pas restreinte aux édifices ou constructions où serait établie l'habitation permanente et continuelle; que dès lors elle comprend nécessairement, dans le sens légal comme dans le sens naturel, ceux où il se fait une habitation accidentelle ou temporaire d'une réunion d'hommes assemblés à des époques déterminées; que l'habitation se constitue, en effet, non-seulement d'une résidence pour tous les besoins de la vie, mais encore d'une demeure temporaire pour certains besoins, certaines affaires ou certains devoirs; que, par conséquent, le vol commis dans les lieux destinés et employés à recevoir les réunions d'hommes qui y viennent tous les jours, ou dans certaines circonstances pour leurs devoirs, leurs affaires ou leurs plaisirs, est censé accompagné de la circonstance aggravante du lieu ou maison habitée[1]. » Cet arrêt, qui fonde une aggravation de peine sur une fragile analogie, est resté dans la jurisprudence comme un exemple de la plus dangereuse des interprétations. En effet, de ce que les personnes se réunissent tous les jours, ou dans de certaines circonstances, dans des lieux désignés pour ces réunions, il ne s'ensuit nullement que ces lieux soient habités; l'habitation même accidentelle et temporaire doit être encore une habitation : or, l'habitation est la demeure de l'homme, le lieu où il réside habituellement, où il satisfait les besoins de la vie, où se trouvent son foyer domestique et sa famille. Comment étendre cette qualification à un édifice public? Comment faire de cette extension la base d'une peine? La question étant revenue devant les Chambres réunies, la Cour de cassation

[1] Cass., 23 août 1821, S.6.495; J.P.16,871.

persista dans sa jurisprudence, mais en modifiant ses motifs ; ce deuxième arrêt se fonde d'abord sur le deuxième paragraphe de l'art. 15 de la section 2 du titre 2 du Code de 1791, lequel ne serait qu'une exception en ce qui concerne les vols commis dans les édifices publics : or, si ce paragraphe n'est qu'une exception, il faudrait en conclure qu'en règle générale, les édifices publics doivent être considérés comme des maisons de propriété privée, et, par conséquent, comme des lieux habités ; et comme le Code de 1810 n'a pas défini l'habitation, on doit étendre jusqu'à ses dispositions cette qualification implicitement attribuée aux vols commis dans les édifices publics[1]. Nous ne nous attacherons point à démontrer la faiblesse de cette argumentation, soit en ce qui concerne les dispositions du Code de 1791, soit leur application au Code pénal. Les véritables motifs de l'arrêt étaient ceux-ci : « que relativement aux édifices qui sont ouverts aux citoyens pour les devoirs de leur culte religieux, il est des motifs d'une plus haute et plus grave considération pour y prévenir les crimes par la crainte d'un châtiment plus rigoureux ; qu'en effet, les vols qui s'y commettent ne sont pas seulement un attentat à la propriété, qu'ils sont encore une profanation de ces édifices, qu'ils sont même un sacrilége lorsqu'ils portent sur des objets destinés au culte ; que la déclaration du 4 mars 1724 punissait des galères, et, le cas échéant, de la mort, les vols commis dans les églises ; que si la législation nouvelle a été moins sévère, les tribunaux ne doivent pas en augmenter l'indulgence, en refusant d'appliquer les peines qui résultent de ces dispositions. »

2064. Il serait superflu de combattre aujourd'hui ces motifs d'aggravation tirés de ce que le vol commis dans une église constituerait une profanation, un sacrilége. Il est évident que ce caractère ne pourrait exister qu'aux yeux des personnes qui professent le culte auquel l'édifice a été consacré. La liberté des cultes et surtout l'abolition par la charte de 1830 d'une religion dominante détruisent nécessairement le principe sur lequel reposait tout ce système. Aux yeux de la loi civile, le sacrilége n'est point un délit, à moins qu'il n'ait causé quelque

[1] Cass., 29 déc. 1821, S.6.546 ; J.P.16.104.

trouble, ou qu'il n'ait été public; et, dans ce dernier cas, c'est le trouble, c'est l'atteinte portée au libre exercice des cultes que réprime la loi.

Les Cours résistèrent à cette jurisprudence et refusèrent de l'appliquer. Le législateur de 1825, sous le prétexte que cette divergence révélait une lacune dans la loi, adopta, en quelque sorte comme une interprétation législative, la loi du 25 avril 1825; l'art. 7 de cette loi rangeait positivement les églises parmi les maisons habitées. Mais cette loi nouvelle fut elle-même abrogée purement et simplement par la loi du 11 octobre 1830, et la question revint se poser dans les termes du Code pénal. Cette abrogation parut appuyer toutefois l'interprétation que les Cours avaient soutenue; car elle équivalait en quelque sorte à la déclaration que le législateur ne considérait plus les églises comme les lieux habités; les vols qui s'y commettaient n'étaient donc que des vols simples.

2065. La révision du Code pénal a donné lieu d'agiter de nouveau cette question. Le projet du gouvernement et celui de la Chambre des députés avaient laissé cette classe de vols dans les termes de l'art. 401; la Chambre des pairs crut devoir reprendre la disposition de la loi de 1825 : ces mots : *ou dans les édifices consacrés aux cultes légalement établis en France*, furent ajoutés au paragraphe 1er de l'art. 386. Ces édifices se trouvent donc, non plus, à la vérité, rangés parmi les maisons habitées, mais assimilés à ces maisons.

Il résulte de cette disposition nouvelle et de cette assimilation, que nos observations relatives à la circonstance de la *maison habitée* s'appliquent aux vols commis dans les édifices consacrés aux cultes. Ainsi, cette seule circonstance que le vol a été commis dans l'un de ces édifices n'est point une circonstance aggravante; le vol qui n'est accompagné d'aucune autre circonstance est un vol simple; aux termes de l'art. 386, ce vol ne prend le caractère de crime, et n'est passible de la reclusion qu'autant qu'il a été commis soit la nuit, soit par deux ou plusieurs personnes. Ainsi il n'est pas permis de distinguer si le vol a été commis soit par une personne attachée au service de l'église, soit par une personne étrangère, soit au préjudice de l'église, soit au préjudice des personnes qui la

fréquentent : la loi n'exige qu'une seule condition, indépendamment de celles de nuit et de complicité, c'est que ce vol ait été commis dans *un édifice consacré au culte.*

Les édifices consacrés aux cultes, dans le sens de la loi, sont ceux qui sont publiquement affectés au service des cultes reconnus par l'Etat. Les chapelles particulières ou les lieux de réunion de cultes non reconnus ne peuvent rentrer dans cette dénomination. L'Etat, qui ne les connaît pas, ne peut, au moins sous ce rapport, leur accorder la même protection ; et puis leur caractère douteux et contesté n'imprime pas aux vols qui s'y commettent la même gravité.

§ IV. — *Vols sur les chemins publics.*

2066. Les vols *sur les chemins publics* forment la quatrième classe des vols qui puise dans le lieu de leur perpétration un caractère particulier : c'est la seule qui trouve dans cette circonstance une véritable aggravation , indépendamment de toute autre circonstance.

Dans tous les temps la sûreté des routes a dû préoccuper les législateurs. La loi romaine punissait les voleurs de grand chemin, *grassatores seu agressores seu insidiatores viarum*, de la peine des mines ou de la relégation ; et s'ils avaient fait usage de leurs armes, ou s'ils faisaient métier de ces vols, ils étaient punis de mort : *Grassatores qui prædæ causâ id faciunt proximi latronibus habentur ; et si cum ferro aggredi et spoliare instituerunt, capite puniuntur, utique si sæpiùs atque in itineribus admiserunt ; cæteri in metallum damnantur vel in insulas relegantur* [1]. La raison de cette pénalité rigoureuse était donnée par une autre loi : *Publicè enim utile est sine metu et periculo per itinera commeari* [2]. C'était pour que les voyages pussent avoir lieu sans crainte et sans péril, que les vols commis sur les chemins étaient plus rigoureusement punis.

En France, ce crime était passible du supplice de la roue.

[1] L. 28, § 15, Dig. de pœnis, et *ibid.*, § 10.
[2] L. 1, § 1, Dig. de his qui effuderint vel dejecerint.

L'édit de janvier 1534, intervenu à une époque de brigandages, portait, par une disposition absolue, cette peine atroce contre tous les vols de cette nature. « Non-seulement, dit Muyart de Vouglans, nos lois ne distinguent point, quant à la peine, les voleurs de grand chemin qui n'assassinent point de ceux qui assassinent, mais elles portent même la rigueur jusqu'à étendre cette peine à ceux qui n'auraient fait qu'une simple attaque, sans être parvenus à consommer le vol [1]. » Néanmoins la jurisprudence limitait l'application du supplice de la roue au cas où les vols sur les grands chemins avaient été accompagnés de meurtre ou de blessures [2].

Le Code de 1791 ne faisait du vol commis *sur un grand chemin* l'objet d'une incrimination distincte, que lorsqu'il avait eu lieu *à force ouverte et par violence envers les personnes* : la peine était de quatorze années de fers, et cette peine était augmentée de quatre années, si le vol avait été commis soit la nuit, soit par plusieurs personnes, soit avec des armes [3]. L'art. 8 de la loi du 18 pluviôse an IX attribua à la juridiction des tribunaux spéciaux les vols commis de complicité sur les grandes routes.

2067. Le projet du Code pénal de 1810 ne renfermait, sur les vols de cette nature, aucune disposition particulière; la commission du Corps législatif en fit l'observation : « La première section du projet de loi ne présente aucune disposition pénale contre le vol sur les chemins publics. Il est vrai qu'il paraît implicitement compris dans l'art. 385, et principalement au n° 2 de l'art. 386; mais il n'est point nominativement désigné. Cette désignation semble néanmoins nécessaire; le vol sur les chemins publics, de tout temps, a été frappé de peines très-graves : en le rangeant dans la classe de l'art. 386, il n'y aurait que celle de la reclusion, qui serait bien faible pour le coupable et presque nulle pour l'exemple. » Cette observation fut accueillie par le Conseil d'Etat, qui décida que ces vols seraient punis, sans distinction, de la peine des

[1] Lois crim., p. 304.
[2] Jousse, t. 4, p. 215; Serpillon, Code crim., t. 1er, p. 189.
[3] 2e partie, tit. 2, sect. 2, art. 1, 2, 4 et 5.

travaux forcés à perpétuité. Tel était le texte de l'ancien art. 383.

Une peine aussi grave ne pouvait se justifier qu'en admettant que ce vol, pour rentrer dans les termes de cet article, dût être nécessairement accompagné de violences, de même que sous l'empire du Code de 1791. Tel était aussi l'esprit de la loi : « A l'égard des vols commis dans les chemins publics, disait l'orateur du gouvernement dans son exposé des motifs, ces sortes de crimes, qui portent toujours un caractère de violences, et qui menacent la sûreté individuelle, seront punis de la peine des travaux forcés à perpétuité. » Le rapporteur du Corps législatif ajoutait : « Ce crime est d'autant plus grand qu'il est plus facile, et qu'il trouble la sûreté du voyageur dans les lieux mêmes où la foi publique semblait devoir la lui garantir plus spécialement. Les travaux forcés à perpétuité sont appliqués à cette espèce de vol ; et, malgré la gravité du crime, vous ne désirerez pas une peine plus forte. Vous sentez, sans que je les expose, les raisons qui conseillent de n'être pas ici aussi sévère que le crime semblait le demander, et de n'appliquer la peine de mort qu'autant que le vol de grand chemin a été accompagné d'homicide ou de blessures graves. »

2068. La Cour de cassation, en se conformant à ces explications, mais toutefois après quelques hésitations [1], avait jugé, « que si l'art. 383 prononce d'une manière générale les travaux forcés à perpétuité contre les vols commis sur les chemins publics, la sévérité de cette peine a eu pour motif la présomption que ces sortes de vols ont été accompagnés de violences ou menaces contre la sûreté individuelle ; d'où il suit que, lorsque les juges, appelés par la loi pour prononcer sur l'accusation ou la culpabilité des prévenus de pareils vols, déclarent d'une manière positive qu'il n'y a eu ni violence ni menace, il n'y a pas lieu non plus à l'application de l'art. 383 [2]. »

Cette interprétation ne fut point admise par les sections réu-

[1] Cass., 5 sept. 1811 et 8 juill. 1813, S.3.404 et 4.390 ; J.P.9.227 et 11.534.

[2] Cass., 25 avril 1816 et 22 mai 1817, S.5.183 et 321 ; J.P.13.398 et 14.236.

nies de la Cour de cassation. La question devait être portée devant ces sections dans une espèce où il s'agissait du vol de deux bûches laissées sur un chemin public : « Nul doute, dit le procureur général, qu'il n'y ait de très-grandes différences dans les vols commis sur les grands chemins, et qu'il ne fût possible de leur appliquer des peines diverses suivant leur degré de gravité. Mais le législateur a été séduit, entraîné par une idée générale. Il s'est dit qu'on ne saurait trop entourer le voyageur de protection et de sollicitude. Le voyageur, exposé déjà à tant d'accidents et de calamités, doit-il encore subir l'audace ou la ruse du voleur qui l'intimide ou le surprend? On peut ne lui voler qu'un mouchoir; mais aussi il peut être dépouillé de toute sa fortune, et cela sans violence. Que deviendra-t-il dans un pays où il est inconnu, loin de ses foyers, de ses amis, laissé, pour ainsi dire, nu sur une terre étrangère? C'est au milieu de ces idées que le législateur a rendu la loi en 1810. Que cet article soit trop absolu, trop général, cela est possible. Le gouvernement, dans sa sagesse, verra s'il est susceptible d'amélioration. Mais, dans l'état actuel des choses, ce que nous avons à faire, c'est d'obéir à l'art. 383. » La Cour déclara, en adoptant ces conclusions, « que la disposition de cet article est générale et absolue; qu'elle ne peut être modifiée par des distinctions qu'elle n'a point exprimées ; qu'elle punit des travaux forcés à perpétuité les vols commis sur les chemins publics ; que l'accusé a été reconnu, par un jury légal, coupable d'un vol commis sur un chemin public; que ce fait ainsi déclaré était le fait déterminé et puni par l'art. 383; qu'il n'y avait donc pas lieu de s'arrêter à la déclaration négative du jury sur la violence, dont cet article n'a fait ni une circonstance du crime qu'il a prévu, ni une condition de la peine qu'il a prononcée [1]. »

2069. La conséquence de cette interprétation rigoureuse fut la modification de la loi. L'art. 7 de la loi du 25 juin 1824 atténua l'art. 383 en ces termes : « La peine prononcée par l'article 383 du Code pénal contre les coupables de vols ou de tentatives de vols sur un chemin public, quand ces vols auront

1 Cass., 23 juin 1818, S.5.492; J.P.14.878.

été commis sans menaces, sans armes apparentes ou cachées, sans violences et sans aucune des circonstances aggravantes prévues par l'art. 384 du Code pénal, pourra être réduite soit à celle des travaux forcés à temps, soit à celle de la reclusion. » L'art. 12 de la même loi privait du bénéfice de cette disposition les mendiants, les vagabonds et les individus déjà frappés de condamnation.

La loi du 28 avril 1832, en recueillant cette disposition, lui a fait subir plusieurs modifications. Voici le texte du nouvel art. 383 : « Les vols commis sur les chemins publics emporteront la peine des travaux forcés à perpétuité, lorsqu'ils auront été commis avec deux des circonstances prévues dans l'art. 381. Ils emporteront la peine des travaux forcés à temps, lorsqu'ils auront été commis avec une seule de ces circonstances. Dans les autres cas, la peine sera celle de la reclusion. »

2070. La loi du 25 juin 1824 s'était bornée à prévoir le cas où le vol avait été commis sur un chemin public, sans aucune des circonstances aggravantes prévues par l'art. 381, et la peine était celle de la reclusion ou des travaux forcés à temps, suivant la volonté du juge. Le nouvel art. 383, en prévoyant la même hypothèse, a fixé le *minimum* de la peine à la reclusion ; il a supprimé ensuite la restriction établie vis-à-vis des mendiants, des vagabonds et des condamnés en récidive. Enfin, il a introduit dans l'ancien article une distinction : le vol sur un chemin public, lorsqu'il est commis avec une seule des circonstances prévues par l'art. 381, n'est puni que des travaux forcés à temps ; ce n'est que lorsque deux de ces circonstances aggravantes l'accompagnent, que la peine portée par l'ancien article, celle des travaux forcés à perpétuité, peut lui être appliquée. Peut-être pourrait-on trouver que, nonobstant ces distinctions, cette dernière disposition est restée encore trop absolue ; car il en résulte que le vol commis sur un chemin public avec deux des cinq circonstances énumérées par l'art. 381, par exemple la nuit et par deux personnes, est puni de la même peine que s'il avait été commis avec les cinq circonstances réunies.

Mais la principale conséquence qu'il faut déduire des rectifications de l'art. 383, c'est que la question de savoir si la violence est une circonstance essentielle du vol sur un chemin

public ne peut plus être posée. En effet la violence est une des cinq circonstances aggravantes prévues par l'art. 381 ; or l'article 383 prévoit trois cas : le vol commis sur un chemin public sans aucune de ces circonstances, et par conséquent sans violence ; le vol commis avec une seule de ces circonstances, et par conséquent soit la nuit, soit avec complicité, soit avec armes, soit avec effraction ou escalade, soit avec violence ; enfin, le vol commis avec plusieurs de ces circonstances. Il suit donc du rapprochement de ces deux articles que, dans la première hypothèse, le crime existe indépendamment de toute violence, et que, dans les deux autres, cette circonstance a cessé d'être essentielle à son existence, puisqu'elle peut concourir ou ne pas concourir avec le vol, sans qu'il en soit affecté et qu'il change de caractère. Il suffit, pour qu'il devienne passible soit des travaux forcés à temps, soit des travaux forcés perpétuels, qu'il soit accompagné d'une ou de deux circonstances aggravantes parmi lesquelles se trouve la violence : peu importe que celle-ci ne soit pas constatée ; la loi n'est pas moins applicable ; elle accorde à chacune des circonstances prévues le même effet, la même puissance.

Les motifs énoncés par le législateur de 1810 pour justifier la disposition trop absolue de l'art. 384 ne peuvent donc plus être invoqués : ce n'est point parce que le vol commis sur un grand chemin porte essentiellement avec lui un caractère de violence, qu'il est puni d'une peine plus grave, puisque le législateur de 1832 prend soin de distinguer s'il est commis avec ou sans violence. La sévérité de la loi est motivée sur la nécessité de protéger les voyageurs et leurs propriétés, sur la facilité avec laquelle ces vols peuvent se commettre sur les chemins publics, sur des personnes isolées et loin de tous secours ; enfin, sur la présomption que l'agent, s'il n'emploie pas la violence, est disposé à en faire usage pour accomplir son action. Tels sont les véritables motifs de l'art. 383, motifs qui se trouvent en harmonie avec la fixation de ses peines.

2071. Il suit de là que tous les vols commis sur les chemins publics rentrent actuellement dans les termes de l'art. 383 ; qu'il n'est plus permis d'assigner à ces sortes de vols un caractère spécial ; que les circonstances qui les accompagnent ne

sont plus essentielles à l'existence même de ce crime, et qu'elles ne servent qu'à la gradation de la peine.

Ainsi dès que le vol est commis sur un chemin public, il devient passible des dispositions de cet article, quelle que soit la modicité de l'objet volé, quelles que soient les circonstances qui l'aient accompagné ; car, ainsi que l'avait remarqué la Cour de cassation, au sujet de son ancien texte, « cet article est général et absolu dans ses dispositions, et son application est une suite nécessaire de la déclaration du jury, portant que le vol a été commis dans un chemin public [1]. »

Ainsi on ne doit plus également distinguer si le vol a été commis sur la personne même du voyageur, ou s'il a été commis sur ses effets seulement et hors de sa présence ; il suffit que le lieu de sa perpétration soit un chemin public. Cette décision avait soulevé d'assez graves objections avant la rectification de l'art. 383, parce que le vol, tel que cet article l'avait prévu, supposait l'emploi de la violence, et qu'il n'y a plus de violence quand le vol se commet au moment où le voyageur ne veille plus sur ses effets [2]. Cette difficulté a cessé d'exister, puisque la violence n'est plus un élément nécessaire de ce crime, et l'on ne peut qu'adopter aujourd'hui la jurisprudence de la Cour de cassation, portant : « que l'art. 383 a voulu pourvoir non-seulement à la sûreté des voyageurs, mais aussi à celle des effets dont ils sont les porteurs ou les conducteurs ; qu'ainsi cet article doit s'appliquer non-seulement aux vols commis dans les chemins publics sur la personne même des voyageurs, mais aussi aux vols d'effets et propriétés qui se trouvent sur les chemins publics en transport ou à la suite d'un transport [3]. »

2072. Toutefois il ne faut pas perdre de vue l'objet spécial de l'art. 383 : c'est de pourvoir à la sûreté des voyageurs et des transports. Cet article ne répute donc le vol fait sur un chemin

[1] Cass., 20 nov. 1812, S.4.228 ; J.P.10.818.

[2] V. le réquisitoire de M. Merlin, au Rép., v° Vol, sect. 2, § 3, art. 4.

[3] Cass., 23 avril 1812, S.4.83 ; J.P.10.328 ; 5 sept. 1811, S.3.404 ; J.P. 9.627 ; 13 déc. 1832.

public que lorsqu'il est fait au préjudice d'une personne qui voyage avec la chose qu'on lui enlève, ou lorsqu'il se commet sur les objets mêmes qui sont transportés sur les chemins. Cette restriction est dans l'esprit de l'article ; mais elle est aussi dans les textes du Code. Ainsi le vol commis par un voiturier sur les objets qu'il est chargé de conduire ne rentre point dans les termes de cet article, bien qu'il ait été commis sur le chemin même[1]. Ainsi le vol de bestiaux qui, laissés à l'abandon se trouveraient au moment de sa perpétration sur un grand chemin, ne sortirait pas, par l'effet de cette circonstance, des termes de l'art. 388. Ainsi, enfin, l'enlèvement des arbres qui sont placés sur les chemins ne constitue, aux termes de l'article 448, qu'un simple délit correctionnel. Il en serait de même du vol de matériaux, d'ustensiles, d'instruments laissés sur les routes, des linges qui y sont étendus, des volailles qui y vaguent. Dans ces diverses hypothèses, ce n'est pas la circonstance du chemin qui a facilité le vol, ce n'est pas parce que les différents objets se trouvaient exposés sur ce chemin qu'ils ont été enlevés ; cette circonstance est indifférente, le délit n'en reçoit aucune aggravation. Cette aggravation ne peut exister que lorsque l'objet est, pour ainsi dire, confié au chemin lui-même, lorsque c'est cette exposition qui favorise la perpétration, enfin lorsque l'agent a profité de la facilité qu'elle lui donne.

2073. La loi, qui a défini l'escalade, l'effraction, les fausses clefs, n'a point défini ce qu'il faut entendre par *chemins publics*. Les éléments de cette circonstance aggravante sont donc abandonnés à l'interprétation.

L'ordonnance de 1670, titre 1er, art. 12, et la déclaration de février 1731, art. 5, n'avaient prévu que le vol commis sur les *grands chemins ;* l'art. 2 de la sect. 2 du tit. 2 du Code de 1791 ne mentionnait également que le vol commis *dans un grand chemin ;* la loi du 18 pluviôse an IX avait conservé la même expression ; il est donc évident que ces lois avaient restreint leurs dispositions à une des espèces de chemins, aux *grands chemins* seulement. Le Code pénal n'a point employé cette expression

[1] V. cependant Cass., 15 oct. 1841, Bull. n. 302.

restreinte; il s'est servi de l'expression générale du genre; sa disposition s'applique à tous les vols commis sur les *chemins publics*, et par conséquent aussi bien sur les chemins du second ordre que sur les grands chemins. La seule condition de son application est que les chemins soient *publics*. Les chemins publics sont, dans notre législation, ceux qui sont déclarés par l'autorité administrative être destinés à l'usage du public. Les uns appartiennent à l'État, les autres aux départements, les autres aux communes, suivant que leur entretien est à la charge du trésor, des départements ou des communes [1]. Mais cette circonstance ne change rien à la publicité du chemin : un chemin vicinal n'est pas moins livré à l'usage du public qu'une route départementale ou une route nationale. La législation ne laisse, au reste, aucun doute sur le sens de ce mot : les art. 40 et 44 du titre 2 de la loi du 28 septembre-6 octobre 1791 appliquent la qualification de *chemins publics* à des chemins appartenant à des communes; l'art. 14 de la loi du 28 août 1792 porte même que « tous les arbres existant actuellement *sur les chemins publics, autres que les grandes routes*, sont censés appartenir aux propriétaires riverains. » La signification de ce terme était donc bien fixée lors de la rédaction du Code, et dès lors l'intention du législateur n'est pas douteuse. Les chemins publics sont tous ceux qui sont destinés à un usage public, soit qu'ils soient entretenus par l'Etat, par les départements ou par les communes; tous ceux qui ne sont pas une propriété privée, tels que ceux qui sont destinés à l'exploitation des domaines d'un particulier et qui lui appartiennent, lors même qu'ils seraient l'objet d'une servitude au profit de plusieurs personnes [2], ou qui n'ont pas été classés parmi les chemins vicinaux; ceux qui servent plutôt à l'exploitation qu'au passage des habitants. On ne pourrait toutefois étendre cette qualification aux canaux et rivières, qui, quoiqu'ils soient également une voie de transport, ne pourraient être assimilés aux chemins dans le sens de l'art. 383; et ce point a été reconnu par un arrêt qui déclare

[1] Art. 538, C. civ.; art. 2 et 3, sect. 6, tit. 16, loi du 28 sept.-6 oct. 1791; lois des 16 déc. 1811 et 21 mai 1836.

[2] Legraverend, t. 2, p. 131.

« que l'art. 383, qui réprime les vols sur les chemins publics par une aggravation dans la pénalité, ne peut recevoir d'application que dans les termes mêmes de la disposition de cet article, qui ne peuvent être étendus aux canaux et rivières[1]. »

2074. Cependant la déclaration du 5 février 1731 ajoutait : « Sans que les rues des villes et faubourgs puissent être censées comprises à cet égard sous le nom de grands chemins. » Cette disposition avait été reproduite dans l'art. 12 de la loi du 20 décembre 1815, qui attribuait aux Cours prévôtales les assassinats et les vols commis avec violence sur les grands chemins. La loi ajoutait immédiatement : « Ne sont pas regardées comme grands chemins les routes dans les villes, bourgs, faubourg et villages. » En effet, dans cette partie des chemins, ils perdent leur isolement, les secours peuvent être appelés et fournis immédiatement, la sûreté des voyageurs ne peut être gravement compromise. Les motifs qui justifient la sévérité de la loi dans les parties désertes de la route cessent donc d'exister dès que cette route traverse une ville ou un village.

La Cour de cassation a appliqué cette distinction à l'art. 383. Elle a déclaré « que cette disposition doit être entendue et appliquée d'après les considérations qui l'ont déterminée, et les principes des anciennes lois auxquelles elle se rattache; que le législateur a voulu protéger, par des peines sévères, la sûreté des voyageurs dans les chemins qui les éloignent des lieux habités et des secours qui pourraient les défendre contre les entreprises des malfaiteurs; mais que ce motif de sévérité disparaît dans les chemins publics qui, étant bordés de maisons, forment des rues de villes ou faubourgs, et où les moyens de secours peuvent être appelés et fournis à tout instant; que les vols qui peuvent se commettre dans les rues, quoiqu'elles soient le prolongement de chemins publics, ne doivent être soumis qu'aux règles pénales établies par le Code contre les vols qui sont commis ailleurs que sur les chemins publics[2]. » On doit

[1] Cass., 6 mars 1846, Bull. n. 69.

[2] Cass., 6 avril 1815, S.4.37 ; J.P.12.664 ; arr. contr., Liége, 16 mars 1823, S.7.183 ; J.P.17.973 ; 7 avril 1865, Bull. n. 90.

sans doute appliquer cette décision à la partie de la route qui est située devant les auberges, lors même que ces auberges ne font pas partie d'un village. Les mêmes motifs existent, puisque dans cette partie la route cesse également d'être isolée et que les secours peuvent être prompts et faciles.

CHAPITRE LXXII.

VOLS QUALIFIÉS A RAISON DES CIRCONSTANCES DE LEUR EXÉCUTION.

(Vols de complicité, avec effraction, escalade, port d'armes et violences.)

§ Ier. — *Vols commis par plusieurs personnes.*

2075. Caractère et effet de cet élément d'aggravation.
2076. Distinction de la coopération et de la complicité.

§ II. — *Du vol commis avec effraction.*

2077. Définition de l'effraction.
2078. Caractères de cet élément d'aggravation. L'effraction est un acte de forcement.
2079. Il faut ensuite que l'instrument rompu ou fracturé ait été destiné à fermer.
2080. Deux espèces d'effraction. Caractères de l'effraction extérieure : il faut qu'elle ait eu pour but l'introduction dans le lieu.
2081. Caractères de l'effraction intérieure : il faut qu'elle soit commise après l'introduction dans le lieu.
2082. Cette règle est confirmée par la jurisprudence de la Cour de cassation.
2083. Mais il suffit de constater que l'effraction a été commise dans une maison habitée ou dans un lieu clos.
2084. Est-il nécessaire, pour l'existence de l'effraction extérieure, qu'elle ait servi à l'introduction du voleur; jurisprudence sur ce point.
2085. Examen critique de cette jurisprudence.
2086. Conséquences du principe qui veut que l'effraction extérieure soit un moyen d'introduction.
2087. Que faut-il entendre, en ce qui concerne l'effraction intérieure, par les *portes et clôtures du dedans ?*
2088. Distinction des effractions faites aux clôtures du dedans pour consommer le vol ou pour faciliter la sortie du voleur.
2089. Ce qu'il faut entendre par *meubles fermés.* Le forcement suppose des meubles fermés à clé.
2090. L'effraction d'un meuble, non suivie de vol, peut être considérée comme une tentative punissable.

2091. Dans le cas d'enlèvement d'un meuble fermé, il faut que cet enlèvement ait été commis dans un édifice ou un lieu clos.
2092. Faut-il que l'effraction du meuble fermé ainsi enlevé soit constatée ?
2093. Observations sur la jurisprudence qui avait admis que l'effraction devait être présumée dans ce cas.
2094. Jurisprudence confirmative de cette doctrine.
2095. Peines du vol avec effraction.

§ III. — *Du vol avec escalade.*

2096. L'escalade doit avoir pour but l'introduction de l'agent dans le lieu.
2097. Cette introduction ne constitue l'escalade que si elle a lieu dans les maisons, bâtiments, cours ou enclos.
2098. Suffit-il de déclarer qu'un vol a été commis avec escalade, sans ajouter dans un lieu clos ? Solution affirmative de la jurisprudence.
2099. Pour qu'il y ait escalade, il faut que l'entrée ait eu lieu du dehors dans l'intérieur de la maison.
2100. Il faut encore qu'il y ait eu emploi d'un moyen extraordinaire pour s'introduire dans l'édifice ou le lieu clos.
2101. Mais il n'est pas nécessaire qu'il ait été fait usage d'échelles ou d'autres instruments pour franchir les clôtures.
2102. Est-il nécessaire que l'escalade soit liée au vol par l'intention qui l'a dirigée ?
2103. Comment la question relative à l'escalade doit être posée au jury.
2104. L'entrée dans un lieu clos par une voie souterraine est une circonstance équivalente à l'escalade.
2105. De l'aggravation pénale résultant de l'escalade.
2106. L'entrée par une voie souterraine doit avoir les mêmes effets sur l'application pénale.

§ IV. — *Du vol avec fausses clefs.*

2107. De l'emploi des fausses clefs dans la perpétration d'un vol.
2108. Définition des fausses clefs.
2109. Doit-on considérer comme fausse la clef perdue, égarée ou soustraite qui a servi à commettre le vol ?
2110. Examen critique de la jurisprudence sur cette question.
2111. Modification apportée à l'art. 399 par la loi du 13 mai 1863.
2112. De la contrefaçon ou altération des clefs véritables.
2113. Circonstance aggravante résultant de la profession de serrurier.

§ V. — *Vol avec port d'armes.*

2114. Le port d'armes est un élément d'aggravation de la peine, isolé de toute autre circonstance.
2115. Dans quels cas le port et l'usage d'armes peuvent concourir avec d'autres circonstances pour aggraver le crime.

§ VI. — *Vol avec violences ou menaces.*

§ VII. — *De l'extorsion et du chantage.*

§ VIII. — *Du vol commis à l'aide d'un faux titre, d'un faux costume, en alléguant un faux ordre.*

§ Ier. — *Vols commis par plusieurs personnes.*

2075. Le vol, lorsqu'il est commis par plusieurs personnes, prend évidemment dans cette circonstance une plus haute gravité. En effet, dans la plupart des cas, cette réunion suppose non-seulement une préméditation, mais un complot; en multipliant les moyens d'action, elle multiplie le péril; elle entraîne la présomption que les auteurs du vol sont disposés à employer la violence; elle facilite l'exécution du délit. Le Code pénal n'a donc fait que constater un degré incontestable de la moralité des actions, lorsqu'il a fait du concours de plusieurs personnes à l'exécution du vol une circonstance aggravante de ce délit. Toutefois cette circonstance, comme celles de la nuit, de la maison habitée, de l'escalade, de l'effraction, n'est point, à proprement parler, aggravante, en ce sens qu'elle n'agit point sur la pénalité, lorsqu'elle est isolée de toute autre circonstance; son action ne s'exerce, son principe d'aggravation ne se développe que lorsqu'elle se réunit à d'autres faits d'une nature également aggravante. Ainsi un vol simple commis par deux ou plusieurs personnes ne change point de caractère; il demeure soumis aux dispositions de l'art. 401. Tel est, dans l'art. 388, le vol des récoltes commis par plusieurs personnes; ce vol n'est puni que d'une peine correctionnelle. Le vol commis par deux ou plusieurs personnes entraîne la reclusion, aux termes de l'art. 386, lorsque, en outre, le vol a été commis la nuit, ou dans une maison habitée, ou dans un édifice consacré aux cultes. Le vol commis par deux ou plusiers personnes entraîne les travaux forcés à temps, lorsque, en outre, le vol a été commis, soit, aux termes de l'art. 385, la nuit et avec port d'armes, soit, aux termes de l'art. 383, sur un chemin public, soit, aux termes de l'art. 382, à l'aide de violence, et de plus avec l'une des circonstances de nuit, de port d'armes, ou d'effraction, ou d'escalade, dans une maison habitée. Enfin, le vol commis par deux ou plusieurs personnes est passible de la peine des travaux forcés à perpétuité dans deux cas : 1° s'il est commis avec les quatre circonstances prévues par l'art. 481; 2° s'il est commis sur un chemin pu-

blic, et de plus avec l'une des circonstances (art. 483). Le Code a employé dans ces différents articles cette même formule : *s'il a été commis par deux ou plusieurs personnes.* Il importe de préciser le véritable sens de ces mots.

2076. Il ne faut pas confondre la coopération de plusieurs personnes et la complicité. Le Code n'a point employé ce dernier mot ; il en résulte qu'il n'a eu en vue que les coopérateurs. La complicité, en effet, se constitue non-seulement par des actes d'assistance et de concours à l'action, mais par la provocation au délit, et par les facilités données soit pour le préparer, soit pour le consommer [1]. Dans ces dernières hypothèses, les complices participent sans doute au vol, mais ils ne le commettent pas ; ils le préparent et le facilitent, mais ils ne l'exécutent pas. Ceux-là sont réputés le commettre qui ont pris part aux actes d'exécution, qui ont aidé sa consommation, soit par leur concours actif, soit au moins par leur présence ou par leur surveillance. Or, c'est de cette coopération effective seule que le Code a voulu faire un élément d'aggravation de la peine; cette intention, il l'a exprimée formellement en exigeant que le vol *ait été commis* par deux ou plusieurs personnes; il ne s'agit donc pas de tous les complices, mais de ceux seulement qui ont coopéré à l'exécution du délit, car ceux-là seuls l'ont commis. La raison de cette restriction est d'ailleurs évidente ; le danger du vol augmente en raison du nombre des agents qui concourent à son exécution ; mais il ne résulte aucun danger pour la victime de l'assistance qui a été donnée aux actes qui ont préparé cette exécution, ou qui ont assuré ses produits. La Cour de cassation a jugé, conformément à cette doctrine, que, pour déterminer si un vol a été commis par deux ou plusieurs personnes, on ne doit pas compter l'individu qui s'en est seulement rendu complice par recélé [2]. La même Cour a en même temps déclaré, et nous adoptons sans hésiter cette décision, que le vol commis dans une maison par un individu, pendant qu'un autre fait le guet au dehors, constitue un vol commis

[1] V. notre chap. 12, *De la complicité*, t. 1er.
[2] Cass., 11 sept. 1818, S.5.532 ; J.P.14.1027.

par deux personnes [1]; en effet, dans ce cas, les deux agents coopèrent au fait même du vol. Elle a jugé également que des actes de complicité par aide et assistance peuvent être de nature à constituer l'élément de pluralité d'auteurs [2].

Au surplus, les cas où la complicité prend le caractère d'une coopération à l'exécution même sont nombreux; mais nous les avons examinés dans notre chapitre XII relatif à la complicité; et comme nos observations s'appliquent naturellement ici, nous devons nous borner à renvoyer à ce chapitre.

§ II. — *Du vol commis avec effraction.*

2077. L'effraction d'un objet quelconque ne constitue aucun délit, lorsqu'elle n'est point un moyen de commettre un vol : elle ne donne lieu, dans ce cas, qu'à une action civile en dommages-intérêts. Lorsque l'effraction est employée comme moyen de perpétration du vol, elle est considérée comme une circonstance accessoire de ce vol, et, dans certains cas, elle en devient une circonstance aggravante. Nous examinerons plus loin dans quels cas son concours entraîne l'aggravation de la pénalité et la modification du caractère du délit. Il est nécessaire d'abord de la définir.

L'art. 393 est ainsi conçu : « Est qualifié effraction, tout forcement, rupture, dégradation, démolition, enlèvement de murs, toits, planchers, portes, fenêtres, serrures, cadenas ou autres ustensiles ou instruments servant à fermer ou à empêcher le passage, et de toute espèce de clôture, quelle qu'elle soit. »

De cette définition, qui ne s'applique qu'aux faits matériels de l'effraction, indépendamment des circonstances qui doivent accompagner ce fait pour qu'il puisse être incriminé, découlent deux règles que la pratique ne doit pas perdre de vue : 1° l'effraction consiste, comme ce mot lui-même l'indique, dans la *rupture*, dans la *fracture* d'un objet quelconque; 2° l'objet

[1] Cass., 9 avril 1813, S.4329 ; J.P.11,285.
[2] Cass., 9 juill. 1853, Bull. n. 194.

fracturé doit avoir eu pour destination soit de *fermer*, soit d'*empêcher le passage*.

2078. L'effraction est un acte de forcement, de rupture ; elle suppose donc que la clôture est forcée, que la fermeture est ouverte par des moyens violents et qui ne sont pas ceux qu'on emploie habituellement pour les ouvrir. Tel est le fait de forcer une serrure, en écartant le pêne à l'aide d'un ferrement [1], ou d'enlever la serrure même, en ôtant les clous qui l'attachent [2].

Mais il n'y a plus d'effraction si le voleur a surpris la clef et s'en sert pour ouvrir, ou si la porte n'est fermée qu'au verrou et qu'il ne fasse que tirer ce verrou ; car l'ouverture s'opère dans ce cas par un moyen ordinaire ; il n'y a point de forcement, point de rupture, point de dégradation ; l'effraction n'existe pas. La Cour de cassation a appliqué cette règle, en décidant que l'agent qui n'a fait que déplacer une traverse mobile qui retenait les deux battants d'une porte, n'a pas commis d'effraction : « attendu que l'enlèvement d'instruments servant à fermer ou à empêcher le passage d'une clôture ne peut, dans le sens de l'art. 393, être qualifié d'effraction qu'autant que ledit enlèvement procure au voleur un moyen d'ouverture ou de passage différent de celui dont se sert la personne volée elle-même ; que dans l'espèce le moyen dont s'est servi le voleur ne présente dans ces circonstances d'autre enlèvement d'instrument de clôture que celui qui était habituellement employé par les personnes chargées de l'ouverture et de la fermeture du passage ; d'où il suit qu'il n'y avait pas d'effraction telle qu'elle est caractérisée par l'article [3]. » M. Merlin avait posé la même règle dans son réquisitoire : « Pour qu'il y ait enlèvement dans le sens de l'article, il ne suffit pas qu'il y ait déplacement ; il faut encore qu'au moyen du déplacement, la porte se trouve ouverte d'une manière différente de celle dont elle s'ouvre ordinairement et au gré du propriétaire [4]. »

[1] Cass., 27 janv. 1831, Bull. n. 16.
[2] Cass., 5 niv. an XIV, S.2,198 ; J.P.5.102.
[3] Cass., 18 juin 1812, S.4.128 ; J.P.10.486.
[4] Rép. de jurisp., v° Vol, sect. 2, § 3, art. 4.

2079. Le deuxième caractère de l'effraction est que l'instrument rompu ou fracturé ait été destiné soit à fermer, soit à empêcher un passage. L'art. 393 cite pour exemple les murs, les toits, les planchers, les portes, les fenêtres, les serrures, les cadenas; il faut ajouter tous les ustensiles qui servent de clôture. Mais on ne doit pas ranger dans cette catégorie les objets qui n'enferment pas la chose volée, quoiqu'ils soient employés à sa conservation et à sa sûreté. Ainsi la rupture des cordes qui attachent des ballots sur une voiture n'est pas une effraction, car ces cordes ne les enferment pas, ne sont pas une clôture [1]. Il en serait de même de l'enlèvement d'objets qui auraient été enfouis dans la terre; car, suivant les termes d'un arrêt de la Cour de cassation : « L'effraction, telle qu'elle est définie par l'art. 393, suppose que la violation d'une clôture destinée à former un obstacle aux moyens que le voleur voudrait employer pour enlever l'objet enfermé; or, on ne peut considérer comme formant un pareil obstacle la terre dont on n'avait couvert les objets volés que pour les soustraire à la vue et les cacher [2]. » L'acte matériel de l'effraction consiste donc dans le forcement violent d'un objet quelconque servant de fermeture ou de clôture. Il faut maintenant rechercher les conditions qui permettent d'incriminer cet acte.

2080. Les effractions, suivant les termes de l'art. 394, sont *extérieures* ou *intérieures*. L'art. 395 définit les effractions *extérieures :* « celles à l'aide desquelles on peut s'introduire dans les maisons, cours, basses-cours, enclos ou dépendances, ou dans les appartements ou logements particuliers. L'art. 396 ajoute : « Les effractions *intérieures* sont celles qui, après l'introduction dans les lieux mentionnés en l'article précédent, sont faites aux portes ou clôtures du dedans, ainsi qu'aux armoires ou autres meubles fermés. »

La première conséquence qu'il faut tirer de ces articles, c'est que l'effraction ne participe aux éléments d'aggravation du vol que lorsqu'elle a lieu soit dans une maison habitée ou

[1] Cass., 25 fév. 1803, Journ. du dr. crim., t. 2, p. 166.
[2] Cass., 17 nov. 1814, S.4.632; J.P.12.449.

servant à l'habitation et ses dépendances, soit dans des parcs ou enclos.

A l'égard de l'effraction extérieure, le texte de la loi est trop précis pour qu'il puisse exister quelque doute. Le n° 4 de l'article 381 porte formellement que le vol prend un caractère plus grave, « s'il est commis à l'aide d'effraction extérieure dans une maison, appartement, chambre ou logement habités ou servant à l'habitation, ou leurs dépendances. » Et l'art. 384 ajoute que l'aggravation a lieu « même quoique l'effraction ait eu lieu dans des édifices, parcs ou enclos non servant à l'habitation, et non dépendants des maisons habitées. » Enfin, l'article 395 ne parle de l'effraction extérieure que relativement à l'introduction, à l'aide de cette circonstance, dans les maisons, cours, basses-cours, enclos ou dépendances, ou dans les appartements ou logements particuliers. Il est impossible d'établir une limite avec plus de précision : ce n'est évidemment que dans les lieux désignés par la loi que l'effraction extérieure devient une circonstance aggravante, puisque ce n'est que dans ces lieux que la loi a prévu sa perpétration ; et l'on peut ajouter d'ailleurs que, hors des lieux habités ou clos, elle ne présente plus les mêmes périls. Cette règle a été consacrée par un grand nombre d'arrêts qui ont eu pour but d'exiger, à peine de nullité, que la circonstance du lieu de l'effraction fût clairement énoncée, puisque cette circonstance est la base et la condition de l'aggravation[1]. Elle a été particulièrement consacrée par un arrêt de cassation portant : « qu'il résulte virtuellement de l'ensemble des art. 395 et 396 que l'effraction n'est une circonstance aggravante du vol que lorsque, ayant *été extérieure*, on a pu s'introduire, à l'aide de cette effraction, dans les lieux déterminés par l'art. 395, ou lorsque, ayant été *intérieure*, elle a été faite dans lesdits lieux, soit aux portes et clôtures du dedans, soit aux armoires et autres meubles fermés qui s'y trouvaient, alors même que ces meubles n'avaient été fracturés

[1] Cass., 10 mars 1826, Bull. n. 46 ; 28 juill. 1827, Bull. n. 143 ; 28 mai 1828, Bull. n. 95 ; 6 janv. 1831, Bull. n. 1 ; 7 déc. 1833, Journ. du dr. crim., t. 6, p. 119 ; 11 janv. 1834, Bull. n. 15 ; 23 janv. 1840, Bull. n. 23. — S.8.295 et 34.1.180.

qu'après leur enlèvement des mêmes lieux ; que, dans l'espèce, la tentative de vol dont l'accusé a été déclaré coupable consistait dans l'effraction, à l'aide d'un couteau, d'une valise qui se trouvait placée sur une diligence en cours de voyage ; d'où il suit que cette effraction, ne constituant ni effraction extérieure ni effraction intérieure, ne pouvait constituer une circonstance légalement aggravante [1]. »

2081. La même règle s'applique aux effractions intérieures. En effet, l'art. 384 assimile complétement à cet égard l'effraction intérieure à l'effraction extérieure. Cet article, après avoir déclaré que cette dernière effraction aurait le caractère d'une circonstance aggravante, lorsqu'elle aurait été commise, non-seulement dans des lieux habités, mais dans des parcs ou enclos non habités, ajoute : « et lors même que l'effraction n'aurait été qu'intérieure. » Cette effraction suit donc la même condition que la première. L'art. 396 confirme cette conséquence ; car, après que l'art. 395 a limité l'incrimination de l'effraction extérieure à celle qui est faite dans des lieux clos ou habités, l'art. 396 ajoute que les effractions intérieures sont celles qui, *après l'introduction dans les lieux mentionnés en l'article précédent*, sont faites aux portes ou clôtures du dedans. L'effraction intérieure, quelle qu'elle soit, et lors même qu'elle ne consiste que dans l'enlèvement des caisses, boîtes, suivant les termes du deuxième paragraphe de l'art. 396, suppose donc nécessairement une introduction préalable dans un lieu habité, dans une dépendance de ce lieu ou dans un enclos.

2082. La jurisprudence a confirmé cette interprétation. Dans une espèce, où le voleur avait enlevé une valise attachée sur un cheval à la porte d'une auberge, la Cour de cassation a déclaré : « qu'en déterminant le caractère de l'effraction intérieure comme formant une circonstance aggravante du vol, l'art. 396, par la relation qu'il fait à l'art. 395, suppose nécessairement que le vol a été commis dans une maison, appartement, logement ou autres lieux mentionnés audit art. 395 ;

[1] Cass., 4 oct. 1851, Bull. n. 438 ; conf. arr. cités *infrà*, n. 1893, et Cass., 23 janv. 1840, Bull. n. 23.

qu'en assimilant à l'effraction intérieure celle qui n'aurait été faite qu'après l'enlèvement et hors du lieu où le vol a été commis, le paragraphe 2 de l'art. 396 suppose toujours le cas où le voleur s'est introduit dans les lieux mentionnés dans l'article 395, d'où il suit que le vol qui est commis hors de ces lieux ne peut être aggravé par cela seul que le voleur aurait employé un moyen violent sur la chose qui contenait les effets volés; que, dans l'espèce, le vol n'a été commis dans aucun des lieux spécifiés dans l'art. 395; que conséquemment les moyens violents que le voleur a employés pour s'emparer des effets renfermés dans la valise ne présentent point le caractère de l'effraction intérieure[1]. »

Dans une deuxième espèce, la Cour de cassation a également décidé que le vol d'une boîte fermée, commis dans une voiture sur la voie publique, ne constitue pas un vol avec effraction : « attendu que, d'après les art. 395 et 396, le fait de l'effraction ne peut former une circonstance aggravante d'un vol que lorsque, ayant été extérieure, on a pu s'introduire, à l'aide de cette effraction, dans des maisons, cours, basses-cours, enclos ou dépendances, ou dans des appartements ou logements particuliers ; et lorsque, ayant été intérieure, elle a été faite, après l'introduction dans les lieux qui viennent d'être mentionnés, aux portes ou clôtures du dedans, ainsi qu'aux armoires ou autres meubles fermés; que, dans l'espèce, l'effraction ne pouvait être qualifiée d'effraction extérieure; qu'elle ne pouvait non plus être qualifiée d'effraction intérieure, puisque la boîte fracturée avait été enlevée dans une voiture qui ne pouvait être considérée comme maison, édifice, cour, basse-cour, parc, enclos ou dépendance, ni comme appartement ou logement particulier; et que pour cet enlèvement il n'y avait pas eu introduction dans des lieux de la nature de ceux qui viennent d'être mentionnés[2]. »

Enfin, il a été reconnu encore par la même Cour que l'effraction commise par un voiturier sur un meuble fermé qui

[1] Cass., 26 mars 1812, S.4.65; J.P.10.251; 25 fév. 1830, Journ. du dr. crim., t. 2, p. 266.

[2] Cass., 19 janv. 1816, J.P.13.235; 10 janv. 1824, *ibid.*, t. 18, p. 776.

lui a été confié, dans l'intention de dérober les objets qui s'y trouvent contenus, ne constitue pas l'effraction prévue par le Code : « attendu que cette effraction n'avait pas été commise sur des effets qu'il aurait soustraits dans des maisons et autres lieux mentionnés en l'art. 395, et après son introduction dans ces lieux, ni après l'enlèvement de ces effets hors de ces lieux; qu'elle l'avait été sur des meubles fermés qui lui avaient été remis à titre de confiance et en sa qualité de voiturier ; qu'elle ne pouvait donc être réputée une circonstance aggravante de la peine[1]. »

2083. C'est donc un principe certain que l'effraction intérieure ne devient une circonstance aggravante du vol que lorsqu'elle a été commise soit dans des maisons habitées ou leurs dépendances, soit dans les parcs ou enclos. Mais cette circonstance du lieu de la perpétration est la seule que la loi ait énoncée; elle n'a point exigé que l'agent se soit introduit par fraude ou par violence dans la maison ou l'enclos où l'effraction intérieure a été commise; il n'est même pas nécessaire qu'il se soit introduit volontairement dans ces lieux; et la Cour de cassation a pu juger : « qu'il suffit que le coupable se trouve, par un motif quelconque, dans la maison, cour ou enclos, et que là il commette, afin de voler, un brisement ou effraction d'un meuble, pour qu'il y ait lieu à l'application de l'art. 396[2]. » Il suit de là qu'il ne suffit pas que le jury déclare que le vol a été commis à l'aide d'effraction intérieure, il faut qu'il soit constaté qu'elle a été commise dans un lieu clos. Un arrêt décide en conséquence « qu'aux termes de l'article 384, l'effraction intérieure n'est une circonstance aggravante du vol qu'autant qu'elle a eu lieu dans un édifice, parc ou enclos ; qu'il suit de là que la circonstance du lieu, comme celle de l'effraction elle-même, doit être énoncée dans les questions soumises au jury et explicitement déclarée dans ses réponses; qu'il ne suffit pas qu'il soit déclaré que le vol a été commis à l'aide d'une effraction intérieure pour qu'on

[1] Cass., 7 juin 1821, S.6.460; J.P.16.658 ; 2 fév. 1815, S.5.17 ; J.P.12.574 ; 7 sept. 1827, Bull. n. 235.

[2] Cass., 11 août 1831, Journ. du dr. crim., t. 3, p. 368.

puisse induire de ces termes qu'il a été commis dans un lieu clos; que si, aux termes de l'art. 396, les effractions intérieures sont celles qui, après l'introduction dans les lieux clos, sont faites aux portes et aux clôtures du dedans ainsi qu'aux meubles fermés, cette définition de la loi ne peut servir de règle d'interprétation aux déclarations du jury; qu'il suffit qu'une confusion soit possible entre l'acception ordinaire et l'acception de droit de cette expression légale, pour que la déclaration qui s'est bornée à l'employer manque du caractère de certitude qu'exige la loi[1]. »

2084. Après avoir établi ce principe commun aux deux espèces d'effraction, il faut examiner les caractères particuliers de chacune d'elles.

Nous avons vu que l'effraction extérieure n'est une circonstance aggravante du vol que lorsque, aux termes de l'art. 395, on a pu s'introduire, à l'aide de cette effraction, dans les lieux désignés par cet article. Ici s'élève une question grave. Est-il nécessaire, pour l'existence de cette sorte d'effraction, qu'elle ait servi ou dû servir à l'introduction du voleur? Si elle n'a pas été ou dû être un moyen d'introduction, doit-elle encore être considérée comme une circonstance aggravante du vol?

Cette question s'est présentée dans deux hypothèses différentes. Il s'agissait, dans la première, d'un vol de tuyaux de plomb encaissés dans un mur; le voleur avait dégradé le mur pour les enlever. M. Merlin vit dans ce fait un vol avec effraction : « Il y a vol avec effraction extérieure, dit-il, toutes les fois que, pour le commettre, le coupable a forcé, rompu, dégradé, démoli ou enlevé, soit dans ses dépendances, soit même dans un édifice non habité, le mur ou la clôture quelconque qui mettait l'objet volé à l'abri de sa rapacité. Le vol a donc été fait avec effraction extérieure, puisqu'il n'a été et n'a pu être commis qu'en dégradant et démolissant en partie les murs dans lesquels les tuyaux étaient encaissés, et que bien sûrement ces murs servaient de clôture aux tuyaux. Qu'importe, d'après cela, que le voleur ne se soit pas introduit dans les maisons desquelles dépendaient les tuyaux et les murs? Il

[1] Cass., 27 nov. 1852, Bull. n. 384 ; 9 avril 1857, Bull. n. 148.

s'est introduit dans les murs mêmes, ou du moins il y a introduit le bras, et il n'en faut pas davantage pour caractériser l'effraction extérieure[1]. » La Cour de cassation jugea, conformément à ce réquisitoire : « que le prévenu, en arrachant par des moyens violents les pierres dans lesquelles ces tuyaux étaient encaissés, avait fait évidemment rupture et démolition de la clôture de ces tuyaux de l'édifice qui les renfermait; que ce fait constituait l'effraction telle qu'elle est caractérisée par l'art. 384 du Code pénal[2]. »

Dans une deuxième hypothèse, la Cour de cassation, allant plus loin encore, a décidé que le vol de l'ustensile ou de l'instrument même qui sert de clôture doit être considéré comme commis avec effraction, lors même qu'il n'a été suivi d'aucune introduction et qu'il n'a point eu pour but de la faciliter. L'un des arrêts où cette doctrine est consacrée porte : « qu'il est reconnu constant au procès que les barres de fer dont le prévenu a été trouvé saisi lors de son arrestation avaient été arrachées du soupirail d'une cave, avec rupture des pierres dans lesquelles entraient leurs extrémités, et du plomb servant à les sceller, et qu'au moyen de l'enlèvement de ces arres de fer on pouvait s'introduire dans ladite cave; que, pour qu'un vol soit accompagné de la circonstance aggravante de l'effraction extérieure, il n'est pas besoin que le voleur se soit introduit à l'aide d'effraction dans un lieu fermé; qu'en effet, l'art. 395 définit l'effraction extérieure, celle à l'aide de laquelle on peut s'introduire dans les maisons, cours, etc.; que le vol qui a eu lieu dans l'espèce a donc été commis dans une maison habitée et avec la circonstance aggravante de l'effraction[3]. »

2085. Cette jurisprudence est-elle conforme à l'esprit et au texte même de la loi? Les deux arrêts qui viennent d'être rapportés ont-ils bien saisi le caractère de l'effraction que le Code a voulu incriminer? Remontons d'abord à la pensée qui a dicté

[1] Rép., v° Vol, sect. 2, § 3, art. 4.
[2] Cass., 3 août 1811, S.3.390; J.P.9.530.
[3] Cass., 21 mai 1813, S.4.356; J.P.11.396; 16 avril 1813, S.4.331; J.P. 299.

cette incrimination. La loi a fait de l'infraction une circonstance aggravante du vol, parce qu'elle est un moyen d'introduction dans les lieux fermés, parce qu'elle décèle dans l'agent la préméditation du vol et l'audace d'une périlleuse exécution, parce que l'introduction du voleur dans les habitations expose les habitants à des dangers personnels, parce qu'enfin elle facilite la soustraction d'objets que leur propriétaire a entourés de toutes les précautions de la prudence. C'est par ces motifs que la loi n'a incriminé l'effraction que dans les seuls cas où elle a été commise dans une maison habitée ou servant à l'habitation, ou dans un enclos; c'est encore par ces motifs que l'effraction ne devient une circonstance aggravante du vol que lorsqu'elle s'attaque aux clôtures de la maison ou de l'enclos où se trouvait l'objet volé. Or aucune de ces raisons de la loi ne peut s'appliquer dans ces deux espèces. L'agent, en dégradant, dans la première, le coin du mur, pour enlever un tuyau; en dérobant, dans la seconde, l'instrument même qui servait de clôture, n'a point cherché une voie d'introduction dans la maison, son vol ne révèle ni la préméditation ni l'audace que cette introduction seule fait supposer; il n'expose les habitants de la maison à aucun des dangers que sa présence seule peut faire naître; enfin l'effraction qu'il a commise n'est point une circonstance qui, comme l'effraction d'une clôture mise pour protéger l'objet volé, ait facilité le vol. En un mot, ce n'est point parce que l'objet enlevé était une clôture qu'il l'a volé, ce n'est point la clôture qu'il a dégradée ou enlevée; il ne s'est point occupé de son usage; s'il l'a enlevée, c'est en la considérant indépendamment de cet usage; son action ne peut donc constituer une effraction aux clôtures dans un but d'introduction, et c'est la seule qu'ait punie la loi. Cette doctrine est écrite dans tous ses textes. L'art. 381, n° 4, exige que le vol ait été commis *à l'aide d'effraction dans une maison habitée :* il forme donc deux actes distincts de l'effraction et du vol; il exige donc que le vol ait été commis, après l'effraction faite aux clôtures, *dans la maison même*. L'art. 384 ajoute que le vol est puni des travaux forcés à temps, *quoique l'effraction ait eu lieu dans des édifices, parcs ou enclos non servant à l'habitation ;* l'effraction continue donc d'avoir pour but l'introduction dans les

édifices, parcs ou enclos. L'art. 393 définit ce fait la rupture ou le forcement des ustensiles ou instruments servant à fermer ou à clore, et de toute espèce de clôture ; il ne parle point du vol de ces ustensiles ; il considère donc leur enlèvement comme un acte distinct du vol, comme destiné seulement à le faciliter, en livrant l'entrée de la maison ou de l'enclos.

2086. Ainsi, d'après les textes du Code comme d'après son esprit, l'effraction extérieure n'est incriminée qu'en vue de l'introduction qu'elle procure, que comme moyen de forcer la clôture qui renferme l'objet volé ; elle constitue un acte préparatoire du vol, et non un acte de ce vol même ; elle forme un fait distinct et non simultané, séparé par un intervalle de temps et de lieu, et non compris dans l'exécution même ; en un mot, l'effraction est un acte spécial dont le but déterminé est le forcement de la clôture qui sépare l'agent de l'objet qu'il veut voler, afin d'arriver à cet objet lui-même.

On s'est servi de ces mots, *à l'aide desquelles on peut s'introduire*, pour soutenir qu'il suffit, pour constituer l'effraction, que par l'enlèvement de la clôture l'introduction soit devenue possible, alors même que l'agent n'aurait pas eu le dessein de s'introduire. Il nous semble que c'est là étrangement abuser des mots. Si l'on s'arrête à leur sens naturel, ils expriment que l'effraction faite aux clôtures doit être capable de donner une entrée assez considérable pour que l'introduction puisse avoir lieu. Mais résulte-t-il d'ailleurs de l'article entier que l'effraction doit avoir pour but de faciliter l'introduction, que c'est là son caractère principal, sa destination ? Chacun de ses termes ne poursuit-il pas cette hypothèse ? Il exige, pour reconnaître l'effraction, qu'on puisse, à l'aide de ce fait, s'introduire dans les maisons, dans les enclos, dans les appartements. Que l'introduction soit ou non consommée, elle doit être le but de l'effraction, ou cette effraction n'est plus celle qu'a prévue la loi.

Suivez, au surplus, les conséquences de l'interprétation que nous combattons. Il faudrait admettre que l'enlèvement d'une seule tuile sur le toit d'une maison, d'une seule pierre d'un mur extérieur, constituerait un vol avec effraction ; car cette pierre et cette tuile font partie de la clôture ; elles ont été détachées avec effort. Il y aurait donc, suivant cette jurisprudence,

vol commis à l'aide d'une effraction de clôture. Or, est-ce là le sens de la loi? est-ce d'une telle dégradation, dégradation dérisoire et sans but, qu'elle aurait fait dériver l'aggravation du crime? Évidemment non. Dans l'effraction, de même que dans l'escalade et les fausses clefs, elle a vu un moyen violent et frauduleux d'introduction dans les lieux clos pour y voler : cette hypothèse peut seule rendre raison de l'aggravation de la peine.

2087. Les caractères distinctifs des effractions intérieures sont indiqués par l'art. 396. Ces effractions, suivant cet article, sont celles qui, « après l'introduction dans les lieux mentionnés en l'article précédent, sont faites aux portes ou clôtures du dedans, ainsi qu'aux armoires ou autres meubles fermés. »

Nous avons vu que cette effraction, de même que l'effraction extérieure, supposait essentiellement l'introduction préalable de l'agent dans les maisons, logements et autres lieux mentionnés en l'art. 395. Mais les termes de cette disposition même, ainsi compris, peuvent donner lieu encore à quelques difficultés.

En premier lieu, que faut-il entendre par les *portes ou clôtures du dedans?* Nous pensons qu'il faut entendre celles que le voleur, après son introduction dans la maison, force ou brise pour parvenir à l'exécution du vol. Ce qui prouve que tel est le sens de l'article, c'est qu'il assimile complétement l'effraction de ces portes et clôtures à celle des armoires ou autres meubles fermés. Dans un cas comme dans l'autre, la fermeture de la porte ou du meuble est un obstacle à l'accomplissement du vol, et c'est le forcement de cette fermeture extérieure qui constitue la circonstance aggravante.

Cependant quelques doutes ont été élevés sur une interprétation aussi simple. Dans une espèce soumise à la Cour de cassation, le voleur n'avait fait effraction à la clôture que pour sortir de la maison, et après avoir appréhendé la chose volée. M. Merlin soutint que ce fait constituait une effraction légale : « Il est vrai, dit-il, que de l'art. 384 combiné avec l'art. 381, il résulte que la peine infligée par le premier de ces textes au vol avec effraction n'est applicable qu'au cas où le vol a été commis *à l'aide de l'effraction même*. Mais qu'est-ce que com-

mettre un vol ? C'est sans contredit appréhender manuellement la chose d'autrui, avec l'intention de se l'approprier; mais c'est aussi emporter cette chose; c'est aussi faire tout ce qu'il faut pour s'en assurer et en conserver la possession. Appréhender manuellement l'objet volé, ce n'est, à proprement parler, que commencer le vol; le vol ne se consomme véritablement que par l'action qui déplace l'objet volé, qui le fait passer d'un lieu à un autre. Il y a donc vol avec effraction, non-seulement lorsqu'à l'aide d'une effraction l'on appréhende manuellement la chose d'autrui, mais encore lorsqu'à l'aide d'une effraction l'on déplace, l'on emporte, l'on fait passer d'un lieu à un autre la chose d'autrui que l'on a appréhendée manuellement sans effraction [1]. » La Cour de cassation évita de se prononcer sur cette question; son arrêt porte : « qu'en supposant même qu'une effraction qui aurait eu pour objet seulement de faciliter la sortie du voleur du lieu où il avait commis le vol, pût constituer une circonstance aggravante de ce vol, l'arrêt attaqué aurait fait une juste application de la loi, etc. [2]. »

La doctrine de M. Merlin nous paraît erronée. Il ne faut pas confondre l'exécution du vol et les actes qui suivent cette exécution : le vol est consommé par la seule appréhension de la chose; au moment même où cette chose vient dans la possession de l'agent, le délit se trouve accompli : le changement de lieu, la fuite du voleur ont pour but de lui assurer les bénéfices du vol, mais non de compléter un acte parfait. Lors donc que la loi veut que le vol, pour être qualifié, soit commis *à l'aide d'effraction*, elle ne peut entendre qu'une effraction antérieure à l'appréhension de la chose, puisque le vol est commis quand cette appréhension a lieu. Au surplus, l'effraction faite pour sortir de la maison ne présente ni la même gravité morale, ni les mêmes périls que l'effraction qui a pour but l'introduction; elle ne renferme aucune menace, le vol est consommé; elle n'a d'autre but que d'en conserver les produits; elle ne prépare aucunes violences contre les personnes; ce n'est qu'une sorte de bris pour faciliter l'évasion; le délit n'y puise aucune aggravation.

[1] Rép., v° Vol, sect. 2, § 3, art. 4.
[2] Cass., 18 juin 1812, J.P.10.487.

2088. La Cour de cassation a décidé, dans une autre espèce, que celui qui, après s'être introduit dans une maison, arrache et soustrait le verrou servant de fermeture à une fenêtre extérieure, doit être poursuivi comme coupable de vol avec effraction. L'arrêt porte « que la rupture dont il s'agit est une effraction d'après l'art. 393 du Code pénal, qui qualifie effraction toute rupture de serrures ou autres ustensiles ou instruments servant à fermer ou empêcher le passage, et que cette effraction est intérieure, aux termes de l'art. 396, qui qualifie ainsi celles qui, après l'introduction dans les maisons et dépendances, sont faites aux clôtures du dedans[1]. » Cette décision nous paraît contraire encore à l'esprit du Code. En parlant *des clôtures du dedans,* la loi a entendu les clôtures qui renferment les objets que l'agent veut soustraire, celles dont le forcement ou la rupture est un acte préparatoire du vol, mais distinct de ce délit : or, dans l'espèce, il ne s'agit point d'une clôture servant de sûreté à l'objet soustrait ; c'est la clôture elle-même qui est l'objet de la soustraction.

2089. Les *meubles fermés* sont, dans le sens de la loi, tous ceux qui présentent un moyen de défense et de sûreté à l'égard des effets qu'ils renferment : tels sont les caisses, les coffres, les armoires, les secrétaires. M. Merlin avait proposé de ranger dans cette catégorie les futailles, à l'égard des vins qu'elles contiennent ; mais la Cour de cassation a déclaré « qu'on ne peut pas considérer comme effraction intérieure l'enlèvement d'une futaille, ni la soustraction du vin qui y était renfermé, parce que les caisses et les boîtes dont il est question dans la deuxième disposition de l'art. 396 ne peuvent être entendues que de celles qui peuvent être destinées à former un moyen de défense, et nullement de celles qui n'ont pour objet que de renfermer et de contenir des liquides qui ne peuvent être conservés que dans des vaisseaux qui en soutiennent la mobilité[1]. » Il ne suffit pas d'ailleurs qu'il soit allégué que les meubles étaient *fermés*, il faut ajouter qu'ils étaient *fermés à clef* ou d'une manière qui en rendît le forcement nécessaire. C'est

1 Cass., nov. 1812, J.P.10.783.
2 Cass., 17 nov. 1814, S.4.632 ; J.P.12.449.

dans ce sens qu'un arrêt décide « qu'il résulte de la combinaison des art. 395 et 396 que la loi n'a entendu attacher les circonstances aggravantes de l'effraction à l'égard des meubles que lorsqu'ils se trouvaient fermés par des moyens tels qu'on ne pouvait se procurer ce qu'ils contenaient qu'en forçant, rompant ou dégradant ce meuble lui-même, ou les serrures, cadenas ou autres ustensiles employés pour le fermer, soit que cette effraction ait été pratiquée dans un édifice, parc ou enclos, soit même hors de ces lieux, après l'enlèvement du meuble ainsi fermé ; qu'il suit de là que, pour que l'aggravation de la peine puisse être légalement prononcée, lorsqu'il s'agit de la soustraction d'effets contenus dans des caisses, boîtes ou autres meubles *fermés*, il faut que le jury ait été appelé à constater et qu'il ait effectivement constaté soit l'effraction pratiquée sur le meuble fermé, soit l'existence de serrures, cadenas ou autres ustensiles servant à fermer, dont la rupture ou le forcement devient la conséquence nécessaire de l'enlèvement des effets[1]. »

2090. Si l'agent brise les meubles et qu'il ne vole aucun des objets qui s'y trouvent, le vol qu'il aura commis d'un autre objet non renfermé devra-t-il être considéré comme fait avec effraction? La Cour de cassation a résolu affirmativement cette question, sans donner aucun motif[2]. Cette décision est évidemment inexacte : il faut que le vol soit commis à *l'aide de l'effraction* pour qu'il puise une aggravation dans cette circonstance; or l'effraction de l'armoire n'a pas servi au vol, si l'effet soustrait ne s'y trouvait pas renfermé. Toutefois une discussion sur ce point serait nécessairement oiseuse, puisque le bris de l'armoire pour commettre le vol constituerait une tentative de vol avec effraction, passible de la même peine que le vol consommé.

2091. Le deuxième paragraphe de l'art. 396 est ainsi conçu : « Est compris dans la classe des effractions intérieures le simple enlèvement des caisses, boîtes, ballots sous toile et corde, et autres meubles fermés qui contiennent des effets quelconques, bien que l'effraction n'ait pas été faite sur le lieu. »

[1] Cass., 9 sept. 1852, Bull. n. 313.
[2] Cass., 8 oct. 1812, S.4.198; J.P.10.739.

Nous avons vu précédemment que cette effraction ne forme une circonstance aggravante qu'autant que l'enlèvement du meuble fermé s'est effectué dans des maisons et autres lieux mentionnés en l'art. 395. Cette circonstance cesse de concourir à l'aggravation, si l'enlèvement a été fait dans tout autre lieu, tel qu'une grande route, une place publique [1].

Cela posé, quel est le motif de cette disposition? C'est que le législateur n'a pas voulu que la condition de l'agent fût différente par cela seul qu'il aurait commis l'effraction hors de la maison, en emportant le meuble, plutôt que dans la maison ; c'est que la criminalité de l'action est la même dans les deux hypothèses, puisque le voleur n'est pas arrêté par le moyen de défense que lui oppose la fermeture du meuble; c'est enfin que le meuble étant enlevé d'un lieu habité ou d'un enclos, la différence du lieu de son ouverture n'influe d'aucune manière sur la gravité morale de l'action.

2092. Peu importe donc le lieu de l'effraction ; mais il faut qu'elle soit constatée, car la loi n'attache point la présomption de sa perpétration au seul fait de l'enlèvement du meuble fermé; elle se borne à étendre l'aggravation de la peine, *bien que l'effraction n'ait pas été faite sur le lieu.* La Cour de cassation avait jugé, conformément à cette doctrine : « que, pour qu'il y ait lieu à l'application des travaux forcés à temps, dans les divers cas prévus dans le deuxième paragraphe de l'art. 396, il faut nécessairement qu'il y ait eu effraction matérielle, à une époque plus ou moins rapprochée de l'enlèvement des meubles fermés [2]. » Mais, par un arrêt postérieur et récent, répudiant sa jurisprudence, elle a décidé « que les derniers termes du deuxième alinéa de l'art. 396 n'ont pas pour effet de restreindre la disposition au cas où il est prouvé qu'après l'enlèvement, et hors du lieu du vol, l'effraction a été réellement faite ; que, si telle eût été la pensée du législateur, il l'aurait exprimée différemment, en disant : *pourvu que l'effraction en soit faite après l'enlèvement*, ou de toute autre manière analogue ; que les mots dont il s'agit ont seulement pour objet

[1] Cass., 15 déc. 1853, Bull. n. 579.

[2] Cass., 13 janv. 1832, S.1.435; Journ. du dr. crim., t. 12, p. 185.

de rattacher le deuxième alinéa de l'article premier, et de marquer la distinction entre les cas assimilés par la loi, en indiquant qu'il s'agit dans celui-là de faits autres que ceux qui sont prévus dans celui-ci ; qu'en effet, le premier alinéa s'occupe du cas où l'effraction a été faite sur les lieux, et le second décide que, lors même que cette circonstance n'existerait pas, le simple enlèvement serait une circonstance équivalente ; que, d'ailleurs, d'après les principes du droit, le vol est consommé du moment que la chose volée a été appréhendée par le voleur, et est sortie de la possession de son légitime propriétaire ; qu'on ne peut donc faire dépendre sa qualification légale de l'usage qui a été fait postérieurement de la chose volée [1]. »

2093. Ce dernier arrêt consacre évidemment une fausse interprétation de la loi. Le deuxième paragraphe de l'art. 396 n'a point établi une présomption légale d'effraction ; il n'a point dit que l'enlèvement d'un meuble fermé serait puni dans tous les cas comme s'il eût été brisé ; il prévoit une seule hypothèse, celle où le meuble est forcé ou rompu hors du lieu de l'enlèvement, et il déclare que cette effraction aura les mêmes effets que si elle avait été commise sur le lieu même : il se sert en effet de ces termes : *bien que l'effraction n'ait pas été faite sur le lieu.* Il faut donc que l'effraction ait été faite, mais seulement qu'elle ait été faite hors du lieu de l'enlèvement : un seul point est changé, c'est ce lieu ; les autres conditions de l'incrimination sont les mêmes. Et comment, ensuite, admettre qu'un fait punissable puisse être établi par simple présomption, et qu'une présomption devienne un élément d'aggravation de la peine ? Une telle présomption ne peut-elle pas sans cesse être contredite ? Le meuble enlevé ne peut-il pas être repris avant d'avoir été ouvert ? n'est-il pas possible que le voleur le rapporte intact, ou qu'il l'ait ouvert sans employer l'effraction ? Le vol serait donc puni, dans ce cas, comme ayant été commis avec effraction, lorsque cette circonstance n'aurait cependant point été commise ; la peine aurait pour base nécessaire un fait détruit par le débat ; elle ne reposerait pas seulement sur une présomption, car la présomption ne peut prévaloir sur le fait,

[1] Cass., 14 déc. 1839, Bull. p. 580 ; S.1.150 et 550.

mais sur un mensonge. On peut alléguer, il est vrai, que l'agent, en enlevant une caisse fermée, avait l'intention de la forcer; mais c'est donc alors l'intention seule qui serait punie, l'intention isolée du fait matériel; car il ne s'agit pas du vol, qui sera toujours puni comme vol simple, mais du fait de l'effraction ; or la volonté même constatée de commettre ce fait ne peut être assimilée au fait lui-même, elle ne peut le remplacer, elle ne peut même être saisie par la loi; elle échappe à l'incrimination tant qu'elle n'est pas suivie de l'action matérielle qui la réalise. L'arrêt énonce une autre objection : c'est que le vol se trouve accompli par l'appréhension de la chose, et que l'effraction doit dès lors être réputée consommée à ce moment même. Peut-être pourrait-on répondre à cette objection, en distinguant l'appréhension du meuble fermé et l'appréhension de l'effet contenu dans ce meuble, car cette dernière mainmise ne peut s'opérer qu'à l'aide de l'effraction. Mais, sans même s'arrêter à cette distinction, il faut considérer le deuxième paragraphe de l'art. 396 comme une exception : le vol est commis avant l'effraction, mais c'est à l'aide de l'effraction que ses résultats sont assurés; cette disposition a eu pour but d'assimiler à l'effraction préparatoire du vol celle qui a pour objet la jouissance et la conservation de l'effet volé. Une telle assimilation ne pouvait avoir lieu que par suite d'une disposition spéciale ; mais cette disposition est claire et précise, elle ne permet aucun doute; elle saisit l'effraction pour l'incriminer, soit qu'elle précède, soit qu'elle suive le vol, mais elle lui reconnaît, dans les deux cas, le même caractère; et dès lors, après comme avant la consommation du vol, il faut que l'effraction, pour devenir un fait d'aggravation, soit non-seulement présumée, mais constatée; qu'elle ait été non-seulement dans l'intention de l'agent, mais dans son action.

2094. Notre théorie se trouve confirmée par un arrêt de la Cour de Paris, qui a décidé que le vol d'une caisse fermée ne peut être considéré comme un vol ou une tentative de vol avec effraction, lorsque la caisse a été reprise avant que l'effraction ait eu lieu. Cet arrêt dispose : « que l'art. 396 comprend, il est vrai, dans la classe des effractions intérieures, le simple enlèvement d'une caisse ou autre meuble fermé, contenant

des effets quelconques; mais que cet article se termine par ces mots : *bien que l'effraction n'ait pas été faite sur le lieu;* d'où il résulte que, lorsqu'il y a vol d'une caisse fermée, si l'objet volé est retrouvé avant d'avoir été fracturé, la circonstance de l'effraction n'existe pas; qu'il y a eu sans doute intention de commettre une effraction, mais qu'il ne suffit pas de l'intention du crime pour faire appliquer des peines et pour les aggraver; que, si tel est le véritable sens de l'art. 396, on ne peut arriver à une décision différente, dans le cas d'une simple tentative, lorsqu'il n'y a aucune circonstance de laquelle il soit possible d'induire le fait de l'effraction; qu'il y a intention de commettre une effraction, mais que cette intention, qui ne suffit pas pour le cas de la soustraction consommée, ne peut être différente en cas d'une simple tentative[1]. »

Elle est encore confirmée par plusieurs arrêts de la Cour de cassation qui ont décidé en dernier lieu « que le simple enlèvement, après introduction dans une maison, d'un meuble fermé contenant des effets, ne peut être compris dans la classe des effractions intérieures qu'autant qu'il est établi que le meuble a été fracturé après l'enlèvement, ou que du moins il était fermé de manière à ne pouvoir être ouvert que par le forcement ou la rupture des serrures, cadenas ou autres ustensiles servant à le fermer[2].

2095. Le vol avec effraction était considéré par les législations anciennes comme un crime très-grave. La loi romaine le punissait d'une peine différente, suivant qu'il avait été commis de jour ou de nuit : dans le premier cas, la peine était le fouet et le travail temporaire des mines; dans le deuxième, le fouet et la condamnation au travail perpétuel des mines : *Inter effractores variè animadvertitur; atrociores enim sunt nocturni effractores, et ideò hi fustibus cæsi in metallum dari solent; diurni verò effractores post fustium castigationem in opus perpetuum vel temporarium dandi sunt*[3]. Ce même vol, commis avec

[1] Arr. Paris, 6 juin 1837, S.2.265; Journ. du dr. crim., 1837, p. 173.

[2] Cass., 2 mai 1857, Bull. n. 177, et conf. 9 sept. 1852, Bull. n. 303, et 9 mars 1860, Bull. n. 73.

[3] L. 2, Dig. de effractoribus.

armes et par plusieurs personnes, était puni de mort : *Hi qui ædes alienas aut villas effregerint, si quidem in turbâ cum telo fuerint, capite puniuntur* [1].

Notre ancienne législation avait encore ajouté à cette sévérité : « L'expérience ayant fait voir, dit Muyart de Vouglans, que, de tous les vols, il n'y en avait point de plus dangereux que celui-ci, tant à cause de l'espèce d'impossibilité qu'il y a de s'en garantir, que parce qu'il trouble essentiellement la tranquillité publique, en violant les asiles que chaque citoyen doit trouver dans sa maison, nos souverains ont cru ne pouvoir le punir d'une moindre peine que du dernier supplice [2]. » L'édit de François Ier, de janvier 1534, portait : « Ceux qui entreront au dedans des maisons, icelles crocheteront et foreteront, prendront ou emporteront les biens qu'ils trouveront ès dites maisons, seront punis de la manière qui s'ensuit : c'est à sçavoir, les bras leur seront rompus et brisés en deux endroits, tant haut que bas, avec les reins, jambes et cuisses, etc. » Cependant cette peine atroce de la roue était tempérée dans la pratique, et quelques auteurs enseignent même que, d'après la jurisprudence, le vol avec effraction était puni arbitrairement, c'est-à-dire à la volonté du juge et suivant les circonstances [3].

Dans notre Code pénal, l'effraction, isolée de toute autre circonstance, n'est point un élément d'aggravation du vol; le vol avec effraction n'est qu'un simple délit passible des peines de l'art. 401 [4]. Mais cette circonstance devient aggravante, et la peine est celle des travaux forcés à temps, lorsque le vol est commis, avec son concours, dans une maison habitée ou dans un enclos (art. 384); enfin, la peine s'élève aux travaux forcés à perpétuité, lorsqu'à l'effraction se joignent la nuit, le concours de plusieurs personnes, le port d'armes et les violences (art. 381).

1 L. 11, Dig. ad leg. Jul. de republicâ.

2 Lois crim., p. 289.

3 Jousse, t. 4, p. 218 ; Mathœus, in tit. 2, lib. 47 ; Dig., cap. 2, num. 1 ; Farinacius, de furtis, quæst. 166, num. 27 ; Boerius, quæst. 173, num. 1.

4 Cass., 6 janv. 1831 et 7 déc. 1833, S.34.1.180 ; Journ. du dr. crim., t. 3, p. 146, et t. 6, p. 119.

§ III. — *Du vol avec escalade.*

2096. L'art. 397 du Code pénal est ainsi conçu : « Est qualifiée *escalade* toute entrée dans les maisons, bâtiments, cours, basses-cours, édifices quelconques, jardins, parcs et enclos, exécutée par-dessus les murs, portes, toitures ou toute autre clôture. »

Nous déduirons d'abord de cette définition deux règles communes à l'effraction extérieure et à l'escalade.

La première, c'est que l'escalade, pour constituer une circonstance aggravante, doit avoir pour but d'*introduire* l'agent dans les lieux désignés par l'article ; en effet cet article définit cette circonstance, *toute entrée exécutée* dans ces lieux. L'escalade n'est donc qu'un mode d'introduction ; si elle a eu un autre but, comme par exemple de voler les matériaux qui surmontent les murs ou couronnent les édifices, elle cesse d'être considérée comme une circonstance aggravante. Ainsi la Cour de cassation a jugé avec raison qu'il n'y a pas escalade dans l'action de celui qui, pour voler les plombs d'une gouttière, monte, à l'aide d'une échelle, sur un édifice, mais sans s'y introduire [1].

2097. La deuxième règle est que l'entrée par les moyens indiqués par l'art. 397 ne constitue l'escalade qu'autant qu'elle a lieu *dans les maisons, bâtiments, cours, basses-cours, édifices quelconques, jardins, parcs et enclos.* Cette règle n'est que la stricte application de la loi, et la Cour de cassation l'a consacrée en déclarant « qu'aux termes des art. 381 et 384, les vols commis à l'aide d'escalade ne donnent lieu à l'application de la peine des travaux forcés qu'autant que l'escalade a eu lieu dans un édifice, parc ou enclos [2]. ».

2098. Toutefois une difficulté est née sur ce point. Suffit-il que l'accusé soit déclaré coupable d'escalade? Cette déclaration suppose-t-elle nécessairement que le vol a eu lieu dans des édifices, parcs ou enclos? Est-il indispensable d'énoncer cette der-

[1] Cass., 21 oct. 1813, S.4.450 ; J.P.11.730.

[2] Cass., 28 mai 1828, Bull. n. 95 ; 18 nov. 1830, Journ. du dr. crim., n. 3, p. 112.

nière circonstance? Cette question s'est présentée dans une espèce où le jury, en déclarant l'accusé coupable du vol commis à l'aide d'escalade, avait écarté la circonstance de la maison habitée. La Cour de cassation avait décidé, par un premier arrêt, que ce vol ne devait être considéré que comme un vol simple : « attendu qu'il résulte de la combinaison des art. 381, n° 4, et 384 du Code pénal, que le vol commis à l'aide d'escalade n'entraîne la peine des travaux forcés que lorsqu'il a. été commis, sinon dans une maison habitée ou dans la dépendance d'une maison servant à l'habitation, du moins dans un édifice, parc ou enclos quelconque, dans lequel l'escalade puisse avoir lieu [1]. » Mais l'affaire étant revenue devant les chambres réunies, il fut jugé : « qu'il suit des art. 381, n° 4, et 384, et de la définition de l'escalade (art. 397), que la déclaration d'un jury qu'un tel est coupable d'un vol avec escalade suppose nécessairement l'existence d'un lieu qui a pu être escaladé, tel que maisons, cours, basses-cours, édifices quelconques, jardins, parcs et enclos; que la réponse d'un jury qu'un tel est coupable du vol avec escalade, mais que cette escalade n'a pas eu lieu dans un édifice quelconque, non plus que dans un jardin, parc ou enclos, serait une réponse absurde et contradictoire, puisqu'il en résulterait à la fois que l'escalade a eu lieu et qu'elle n'a pas eu lieu; que, dans ce cas, la non-existence de l'édifice habité ou non habité, et du lieu, quel qu'il soit, ne pourrait résulter que d'une déclaration précise et explicite du jury à cet égard, et non d'une déclaration purement implicite [2]. »

Ce deuxième arrêt pose en principe que, toutes les fois que le jury déclare un accusé coupable de vol avec escalade, sans définir le lieu où l'escalade a été commise, il y a présomption qu'elle a été commise *dans un lieu clos.* Or nous ne pouvons admettre, en matière criminelle, qu'une simple présomption prenne la place d'un fait et devienne la base d'une aggravation de la peine : la loi ne punit l'escalade qu'autant qu'elle est commise dans un édifice quelconque ou dans un lieu clos; il ne

[1] Cass., 18 nov. 1830, Journ. du dr. crim., t. 3, p. 112.

[2] Cass., 7 juin 1831, S.31.400; Journ. du dr. crim., t. 3, p. 323, et conf. Cass., 30 mai 1851, Bull. n. 197.

suffit donc pas que l'escalade soit déclarée, il faut que la circonstance qui lui donne sa criminalité soit formellement constatée. Prenons en effet pour exemple la déclaration même du jury dans l'espèce de cet arrêt : l'accusé était reconnu coupable de *vol avec escalade dans un lieu non dépendant d'une maison habitée*. Or l'escalade n'est une circonstance aggravante du vol que lorsqu'elle est commise soit dans une maison habitée ou ses dépendances, soit dans un lieu clos ; et la première de ces circonstances étant écartée, et la deuxième n'étant pas exprimée, il résultait naturellement que l'escalade cessait, dans ce cas, d'être un élément d'aggravation. La Cour de cassation a pensé, au contraire, qu'il résultait de cette déclaration que l'accusé était coupable de *vol avec escalade dans un lieu clos*. Mais il est évident que cette interprétation décide une véritable question de fait, la circonstance de la clôture, le point de savoir si le lieu où l'escalade a été commise était clos ; cette question de fait, qui renferme un élément du crime, un principe d'aggravation, peut-elle donc être résolue par la Cour d'assises ou par la Cour de cassation ? N'appartient-il pas au jury seul de l'apprécier ou de la résoudre ? L'arrêt objecte qu'il serait absurde et contradictoire de supposer que l'escalade eût pu être commise dans un lieu non clos. Mais il est facile de supposer, au contraire, que l'escalade a pu avoir lieu dans un parc, dans un jardin fermé d'un côté et ouvert de l'autre ; or l'escalade de la partie du mur qui l'environne d'un côté n'est point une circonstance aggravante du vol, parce que le voleur eût pu entrer librement et sans obstacle par l'autre côté, parce que l'escalade n'est incriminée que lorsqu'elle est commise dans un lieu clos. Où donc se trouve la contradiction que suppose l'arrêt ? Comment soutenir la présomption qu'il veut établir en règle ? Ensuite, la déclaration du jury fût-elle contradictoire, ne faudrait-il pas lui demander une autre déclaration ? Les juges pouvaient-ils, en l'interprétant, déclarer l'existence d'une circonstance qui n'y était qu'implicitement exprimée ?

Notons cependant que la Cour de cassation a persévéré dans sa jurisprudence en déclarant par ses derniers arrêts sur ce point « que, pour qu'il y ait escalade, il n'est pas nécessaire

que le fait ainsi spécifié ait eu lieu dans une maison habitée ou dans une dépendance de maison habitée; que, d'après la définition de l'art. 397, le fait de l'escalade emporte nécessairement l'introduction dans un lieu clos en franchissant les clôtures [1].

2099. Ces règles posées, il faut rechercher les caractères matériels de l'escalade. Nous avons vu que l'art. 397 l'a définie : « toute entrée dans les maisons, parcs ou enclos, exécutée par-dessus les murs, portes, toitures, ou toute autre clôture. » Il suit de ces termes que l'entrée doit avoir lieu du dehors dans l'intérieur de la maison ; car c'est l'entrée dans l'enceinte de la clôture, exécutée par-dessus cette clôture, qui constitue l'escalade. Le Code de 1791 se bornait également à incriminer l'escalade *des toits, murailles et toutes autres clôtures extérieures* de bâtiments, maisons et édifices (tit. 2, sect. 2, art. 11). Ainsi l'escalade intérieure n'ajoute aucune aggravation au vol; dès que l'agent s'est introduit sans ce moyen dans l'enceinte générale des bâtiments, il n'y a plus d'escalade légale, lors même qu'il aurait franchi un mur, une fenêtre, une clôture intérieure. La Cour de cassation a décidé en conséquence : « que l'individu qui est entré dans l'intérieur d'une maison sans escalade, de quelque manière qu'il pénètre dans les autres parties de la maison, par des ouvertures pratiquées dans l'intérieur de ladite maison, ne commet point d'escalade; qu'il résulte, dans l'espèce, de l'arrêt de renvoi et de l'acte d'accusation, que l'accusé est parvenu dans l'intérieur d'une maison en passant par une écurie ouverte, et qu'étant arrivé par une première chambre, il s'est introduit par une ouverture du plancher dans une autre chambre inférieure, où il a commis un vol; que cette circonstance ne saurait caractériser l'escalade, telle qu'elle est définie par la loi [2]. » On lit encore dans un autre arrêt, qui casse une condamnation prononcée par une Cour d'assises, « qu'il résulte de la définition de l'art. 397 que, pour qu'il y ait escalade, il faut que l'entrée ait eu lieu du dehors dans l'intérieur des lieux désignés et par les moyens spécifiés audit article; que celui qui, étant entré dans un édifice sans escalade, de

[1] Cass., 30 mai 1851, Bull. n. 197; 29 mai 1856, Bull. n. 194.
[2] Cass., 13 mai 1826, Bull. n. 96.

quelque manière qu'il pénètre dans les autres parties intérieures de ce même édifice, par les ouvertures qui peuvent y être pratiquées, ne commet pas d'escalade; que les demandeurs ont été déclarés coupables d'avoir commis un vol la nuit dans une maison habitée, en réunion de deux personnes, en pénétrant dans la maison par une trappe du grenier; que l'introduction par une trappe de grenier peut n'avoir été qu'intérieure; qu'il n'est donc pas constaté que cette introduction ait eu lieu avec les circonstances constitutives de l'escalade[1]. »

2100. Un deuxième caractère de l'escalade est qu'elle consiste dans l'emploi d'un moyen extraordinaire pour s'introduire dans l'édifice ou l'enclos. La Cour de cassation a reconnu cette règle en déclarant « que le caractère de l'escalade est l'emploi de moyens ou d'efforts extraordinaires pour vaincre l'obstacle opposé par une clôture[2]. » L'art. 397 spécifie la nature de ces moyens : ils consistent à passer *par-dessus les clôtures* pour pénétrer dans les lieux qu'elles renferment. Ainsi, lorsque le voleur est entré par une porte pratiquée dans le mur de clôture et que la négligence du propriétaire avait laissée ouverte, lorsqu'il s'est introduit par une brèche faite au mur et qui laisse le passage libre, il ne commet point de vol avec escalade : car il n'a point employé de moyens extraordinaires pour pénétrer dans l'enclos; il n'a eu aucun obstacle à vaincre, aucun effort à faire ; il a seulement profité de la négligence du propriétaire qui n'a pas fermé sa porte, qui n'a pas réparé son mur. « S'il en était autrement, dit M. Merlin, après avoir cité ces exemples, l'art. 384, en punissant l'escalade comme une circonstance aggravante du vol commis dans un enclos dépendant de toute maison habitée, ne l'aurait pas mise, par forme d'atténuation, en opposition avec l'effraction et l'usage de fausses clefs ; la loi aurait supposé qu'il y avait escalade par le seul fait de l'introduction du voleur dans l'enclos[3]. »

C'est par ces motifs que la Cour de cassation a jugé que l'introduction opérée en franchissant sur la glace le ruisseau qui sert de clôture à un terrain, pendant que ce ruisseau est en état

1 Cass., 12 août 1852, Bull. n. 273.

2 Cass., 12 oct. 1809, J.P., t. 9.

3 Merlin, Rép., v° Vol, sect. 2, § 3, dist. 4.

de congélation, ne constitue pas l'escalade prévue par la loi [1] : car, suivant les expressions de M. Merlin, « qu'est-ce qu'un ruisseau pris de glace, relativement à la clôture qu'il forme ? la même chose qu'une porte pratiquée pour un mur de clôture lorsqu'elle est ouverte, la même chose qu'un mur dégradé et ouvert dans une de ses parties. Or, point d'escalade lorsque le voleur s'introduit dans l'enclos par l'ouverture que lui offre soit une porte non fermée, soit la dégradation d'un mur ; et, par conséquent, point d'escalade lorsque le voleur s'introduit dans l'enclos par la congélation du ruisseau qui l'entoure ; car il est impossible d'assigner une différence entre ces deux cas ; la congélation du ruisseau n'est pas autre chose qu'un pont formé sur le ruisseau par la nature. »

2101. Mais il n'est pas nécessaire que l'agent ait fait usage soit d'échelles, soit d'autres instruments, pour franchir les clôtures. Ainsi l'introduction par une fenêtre peut constituer l'escalade, lors même que cette fenêtre ne serait élevée que de quelques mètres au-dessus du sol, et que l'agent y serait parvenu sans aucune aide ; car une fenêtre n'est point une voie ordinaire d'introduction, et celui qui l'emploie cherche évidemment à vaincre l'obstacle que lui opposent les autres clôtures. Cette introduction diffère de celle qui a lieu soit par une porte laissée ouverte, soit même par la brèche faite dans un mur : dans ces deux derniers cas, l'introduction se fait naturellement et sans effort, elle n'entraîne avec elle aucune présomption de crime ; tandis que, dans notre hypothèse, l'entrée par une fenêtre suppose une intention frauduleuse, par cela qu'elle constitue un moyen inusité d'introduction. Cette différence a été saisie par la Cour de cassation, qui a décidé « que ce moyen d'introduction est clairement compris dans la définition de l'escalade donnée par l'art. 397, puisque cet article qualifie escalade toute entrée dans la maison en passant par-dessus les murs, portes, toitures, et toute autre clôture ; que l'arrêt attaqué a décidé que, pour établir la circonstance de l'escalade dans un vol, il faut l'emploi soit d'échelles, soit de tout autre instrument propre à aider au gravissement, ou bien

[1] Cass., 20 mai 1813, S.4.356 ; J.P.11.392.

des efforts à l'aide desquels on ait surmonté un obstacle; et que, puisque dans l'espèce la fenêtre par laquelle le voleur s'était introduit dans la maison n'était élevée que d'un mètre au-dessus du sol, il a pu s'y introduire au moyen d'une seule enjambée, sans efforts et sans aucun secours étranger, ce qui ne constitue point l'escalade; que cette décision est une contravention expresse à l'art. 397, puisque, contrairement aux termes généraux, clairs et précis dont cet article s'est servi pour ne rien laisser à l'arbitraire dans la définition de l'escalade, l'arrêt l'a fait dépendre de l'appréciation arbitraire du plus ou moins de force et d'agilité du voleur, et des moyens qu'il aurait mis en usage pour franchir l'obstacle que lui opposait la clôture [1]. »

Nous le répétons donc : l'un des caractères essentiels de l'escalade, c'est qu'elle procure l'entrée par une voie qui n'est pas destinée à la donner; c'est qu'elle est dès lors un moyen extraordinaire d'introduction. Nous n'ajoutons point, avec l'arrêt du 12 octobre 1809, qu'elle consiste également dans l'emploi d'un effort extraordinaire pour surmonter la clôture; car cette condition n'est pas dans la loi, elle est trop vague pour devenir l'élément d'un délit; et puis, si l'escalade suppose une voie extraordinaire d'introduction, elle ne suppose point nécessairement d'effort pour l'emploi de cette voie; l'agent n'aura pas moins commis l'escalade parce qu'il aura franchi facilement et sans effort un mur, un fossé, une barrière.

2102. Est-il nécessaire que l'escalade soit liée au vol par l'intention qui l'a dirigée, que le voleur l'ait faite avec l'intention de commettre le vol? La Cour de cassation, répondant négativement à cette question, a déclaré : « que si, pour caractériser le fait principal de vol, la loi exige que l'auteur ait eu l'intention de spolier le propriétaire, elle n'a point exigé la même intention à l'égard des moyens qui auraient été mis en usage pour commettre le vol; qu'il importe donc peu que le jury ait ajouté à la déclaration que, lors de l'escalade qui a précédé le vol, l'accusé n'avait pas l'intention de voler; que

[1] Cass., 7 nov. 1811, J.P.9.682; 18 juin 1813, *ibid.*, t. 11, p. 474; 22 avril 1830, Journ. du dr. crim., t. 2, p. 285.

cette intention était absolument indifférente, et qu'il suffisait que l'escalade eût été reconnue par le jury comme moyen à l'aide duquel le vol avait été commis. » Cette décision ne nous paraît pas à l'abri de toute objection. En thèse générale, toutes les circonstances qui ont pour effet d'aggraver la peine d'un crime doivent être commises avec le but de concourir à la perpétration de ce crime; en effet, elles forment les éléments d'une même action, et par conséquent l'exécution d'un même dessein. Le vol, par exemple, s'aggrave à raison des efforts plus ou moins grands qui ont été déployés pour le commettre. Or, si l'effraction, l'escalade, qui l'ont précédé, ont été commises dans un autre but, pour accomplir un autre dessein, et si ce n'est ensuite qu'accidentellement que la pensée du vol est survenue et que ce délit s'est consommé, l'escalade et l'effraction ne seront plus des actes de ce vol, elles ne l'auront pas préparé, elles ne révéleront pas dans le voleur une criminalité plus grande. Ce sont des actes distincts qui peuvent être incriminés à part, si la loi le permet, mais qui ne peuvent concourir à composer un crime auquel ils sont étrangers, lors même qu'accidentellement ils auraient aidé à le commettre. C'est ainsi que nous avons pensé que l'effraction d'un meuble n'était pas une circonstance aggravante du vol commis dans un autre meuble. L'escalade faite dans un dessein quelconque étranger au vol ne peut être également une circonstance aggravante de ce vol, puisqu'il n'en a pas été un acte préparatoire.

Il en serait autrement, s'il s'agissait d'une circonstance qui concourt à l'aggravation du vol par le fait seul de son existence, indépendamment de son emploi dans l'exécution ; telles sont les circonstances de port d'armes, de la nuit, du concours de plusieurs personnes. Mais l'effraction, l'usage des fausses clefs, la violence, l'escalade, ne sont incriminés que comme actes préparatoires du vol, que comme ayant concouru à préparer ou à consommer son exécution; si donc ces circonstances ont été étrangères à l'action du vol, si leur but a été distinct, si elles ne tiennent d'aucune manière à cette action, il paraît impossible d'en faire la base d'une aggravation de la peine; car on ne peut y trouver aucun élément de la criminalité réelle de l'agent, relativement au vol dont il s'est rendu coupable.

2103. La Cour de cassation a rendu des arrêts qui semblent contradictoires sur la question de savoir si le jury doit être interrogé seulement sur les faits constitutifs de l'escalade, ou si l'on doit l'interroger sur l'existence même de cette circonstance[1]. Ainsi quelques arrêts ont jugé qu'il suffisait de demander au jury si l'introduction avait eu lieu par une fenêtre et par le franchissement d'un mur; et d'autres arrêts, au contraire, ont décidé que la seule question à poser au jury était celle de savoir si le vol avait été commis à l'aide d'escalade. Cette dernière décision doit seule servir de règle. Interroger le jury sur les faits constitutifs de l'escalade, et non sur l'escalade elle-même, c'est réserver à la Cour d'assises le droit d'apprécier ces faits et de décider s'ils constituent cette circonstance aggravante; c'est indirectement transporter à cette Cour le jugement de ce fait : or la question de savoir si l'introduction constitue une escalade n'est point une question de droit, c'est une circonstance du fait, et il n'appartient dès lors qu'au jury seul de l'apprécier. Au surplus, cette jurisprudence est seule appliquée aujourd'hui dans la pratique.

2104. Le deuxième paragraphe de l'art. 397 assimile à l'escalade un cas particulier d'introduction; il porte : « l'entrée par une ouverture souterraine, autre que celle qui a été établie pour servir d'entrée, est une circonstance de même gravité que l'escalade. » La loi fait une assimilation complète de cette sorte d'introduction à l'escalade. Il suit de là que les caractères généraux qui distinguent cette dernière circonstance s'appliquent nécessairement à l'entrée par une ouverture souterraine. C'est ainsi que cette voie d'introduction ne constitue une circonstance aggravante que lorsque les lieux où elle conduit sont soit des maisons habitées ou leurs dépendances, soit des parcs ou enclos. C'est encore ainsi qu'elle ne doit s'entendre que de l'entrée dans l'enceinte générale des bâtiments : l'emploi de cette voie pour pénétrer d'une dépendance de la maison dans la maison elle-même n'emporterait aucune aggravation, car elle

[1] Cass., 26 mars 1812, J.P.10.252 ; 19 août 1813, *ibid.*, t. 11, p. 654 ; 16 fév. 1816, *ibid.*, t. 13, p. 285 ; 28 mai 1818, *ibid.*, t. 14, p. 827 ; 22 avril 1830, Journ. du dr. crim., t. 2, p. 285.

n'aurait point servi à forcer l'entrée extérieure. Le caractère particulier de cette introduction est qu'elle ait lieu par une *ouverture souterraine autre que celle qui a été établie pour servir d'entrée.* Il est donc nécessaire d'abord que l'agent se soit introduit par une *voie souterraine :* telle serait l'entrée par le conduit d'un égout ou par toute autre voie pratiquée par-dessous les clôtures extérieures. Il est nécessaire, ensuite, que cette voie, quelle qu'elle soit, n'ait pas été *destinée à servir d'entrée;* cette dernière condition établit l'assimilation complète de cette circonstance avec l'escalade. Mais si ces deux circonstances ont les mêmes caractères et les mêmes effets, il ne s'ensuit pas qu'on doive comprendre, en général, l'entrée par une voie souterraine sous la qualification d'escalade : cette expression répugnerait même à s'appliquer à ce moyen d'introduction. La question relative à cette circonstance doit donc être posée au jury dans les termes mêmes de la loi : ce mode peut seul éviter les erreurs que ferait naître, dans l'esprit des jurés, la confusion de deux faits moralement identiques, mais matériellement dissemblables.

2105. L'escalade, en ce qui concerne l'aggravation pénale qu'elle entraîne, produit les mêmes effets que l'effraction. Sous notre ancien droit, l'*échellement* des maisons et des murailles avait été mis, par l'édit de mars 1577, au nombre des cas prévôtaux [1] ; et Jousse atteste que « ceux qui escaladent de nuit les fenêtres des maisons pour entrer dans les chambres et y voler, quoique sans effraction, sont punis d'une peine très-sévère, qui doit être au moins les galères à temps, et quelquefois la mort [2] ». Dans notre législation actuelle, l'escalade n'est incriminée par la loi que lorsqu'elle a pour but de préparer un vol ; si elle n'est pas animée de cette intention, elle ne peut être considérée que comme une violation de domicile, et n'est punie que dans le cas où elle présenterait les caractères de ce délit.

2106. Les art. 381, 382, 383 et 384 ont réuni dans les mêmes dispositions les circonstances de l'effraction, de l'escalade et des fausses clefs, et leur ont imprimé la même influence sur la

[1] Serpillon, Code crim., t. 1er, p. 200.
[2] Traité de just. crim., t. 4, p. 222.

criminalité et sur la peine. Nous avons examiné, dans le paragraphe précédent, les modifications que l'existence de l'effraction fait subir à la peine ; nous devons nous borner à y renvoyer. Nous ajouterons seulement que, dans ces différents articles, il faut comprendre sous la qualification d'*escalade*, non-seulement l'entrée par-dessus les clôtures, mais l'entrée par une voie souterraine. Cette confusion, que la loi n'a pas faite quand il s'est agi de l'incrimination du fait, elle l'a évidemment faite quand il s'est agi d'appliquer la peine. Vainement M. Carnot émet quelques doutes à cet égard[1] : que servirait que l'art. 397 eût déclaré que l'entrée par une voie souterraine était une circonstance de même gravité que l'escalade, si elle ne devait pas exercer la même influence sur la peine ? Or aucun article ne fait de cette circonstance un élément d'aggravation du vol ; de sorte que le deuxième paragraphe de l'art. 397 devrait être considéré comme une disposition parasite et complétement inutile, si l'on n'admettait pas que le législateur l'a compris et rappelé dans le terme de l'escalade, quand il a réglé la peine dont ce fait devient un des éléments.

§ IV. *Fausses clefs.*

2107. Nous avons vu que l'*usage des fausses clefs* est placé par l'art. 381 sur le même rang que l'escalade et l'effraction ; que ces trois circonstances sont complétement assimilées ; qu'elles deviennent aggravantes dans les mêmes cas, et qu'elles entraînent la même aggravation de la peine. Ainsi, de même que l'escalade et l'effraction, l'emploi des fausses clefs n'est incriminé que comme acte d'exécution du vol, et tendant dès lors à en aggraver le caractère. Séparée du vol, cette circonstance n'est passible d'aucune peine. Ainsi l'usage des fausses clefs n'est incriminé, même comme circonstance aggravante du vol, qu'autant que cet usage a été fait dans des édifices ou dans leurs dépendances renfermées dans la clôture ou enceinte générale, ou dans des parcs ou enclos[2]. Dans tout

[1] Comm. du Code pénal, t. 2, p. 339.

[2] Cass., 27 juill. 1820, J.P.16.68 ; 12 juill. 1838, Journ. du dr. crim, t. 10. p. 51 ; 6 juin 1839, *ibid.*, t. 11, p. 299.

autre lieu, cet usage ne conférerait au vol aucun caractère aggravant; ce délit resterait dans la classe des vols simples[1].

Mais l'usage des fausses clefs diffère de l'effraction extérieure et de l'escalade, en ce qu'il constitue une circonstance aggravante, non-seulement quand il a pour objet d'introduire l'agent dans l'enceinte générale des bâtiments ou enclos, mais encore quand il est fait dans l'intérieur des édifices pour arriver à l'exécution du vol. Cela résulte d'abord de ce que l'art. 381 ne fait aucune distinction, et punit le vol *commis, à l'aide de fausses clefs, dans une maison, appartement, chambre ou logement habités ou servant à l'habitation, ou leurs dépendances;* cela résulte ensuite de ce que l'art. 398 ne limite point, comme les art. 395 et 397, l'incrimination de l'usage des fausses clefs à celui qui procure l'entrée de la maison, de l'appartement, de l'enclos. Ainsi cet usage peut être, comme l'effraction, extérieur et intérieur; il peut s'appliquer à l'ouverture des meubles comme à celle des portes, et, dans les deux cas, l'effet de cette circonstance est le même.

2108. La loi a défini les fausses clefs; l'art. 398 est ainsi conçu : « Sont qualifiés fausses clefs tous crochets, rossignols, passe-partout, clefs imitées, contrefaites, altérées, ou qui n'ont pas été destinées par le propriétaire, locataire, aubergiste ou logeur, aux serrures, cadenas ou autres fermetures quelconques auxquelles le coupable les aura employées. » L'exposé des motifs du Code explique cette disposition déjà fort claire : « Une difficulté, a dit M. Faure, s'était présentée dans les Cours criminelles; elles n'étaient pas d'accord sur la question de savoir s'il fallait considérer comme vol fait à l'aide de fausses clefs celui qu'on aurait commis avec des clefs non imitées, ni contrefaites, ni altérées, mais qui n'avaient pas été destinées aux fermetures auxquelles elles ont été employées. Le Code décide cette question, et prononce l'affirmative. En effet, détourner une clef de sa destination pour l'employer à commettre un crime, n'est autre chose que convertir une clef véritable en une fausse clef. En un mot, toute clef n'est véritable que rela-

[1] Cass., 1er juin 1854, Bull. n. 177; 25 juill. et 8 août 1844, Bull. n. 274 et 285; 19 avril 1860, Bull. n. 100; 26 juill. 1860, Bull. n. 177.

tivement à sa destination. La seule différence que la loi admet entre cette clef, dont il y a eu abus, et une clef contrefaite ou altérée, est que celle-ci est toujours fausse clef, et que la première ne le devient qu'au moment qu'on l'emploie comme on aurait fait d'une clef contrefaite. »

2109. Quelque précises que soient ces explications et la loi elle-même, elles laissent cependant en dehors une question grave. L'art. 398 assimile aux fausses clefs les clefs véritables qui sont appliquées à une autre destination que leur destination originaire, et l'exposé des motifs ajoute que, dans le sens de la loi, une clef n'est véritable que relativement à sa destination. Mais si le voleur s'est servi, pour ouvrir une serrure, de la clef même destinée à cette serrure, et qu'il avait soustraite ou trouvée, a-t-il fait usage d'une fausse clef? en d'autres termes, doit-on considérer comme fausse clef la clef perdue, égarée ou soustraite qui a servi à commettre le vol? La Cour de cassation a résolu cette question affirmativement; elle a déclaré : « qu'aux termes de l'art. 398 du Code pénal, est réputée fausse clef celle qui n'a pas été destinée aux fermetures quelconques auxquelles le coupable l'a employée; que la destination originaire d'une clef ne peut être réputée avoir continué d'exister, lorsque cette clef a été égarée, perdue ou soustraite depuis un temps plus ou moins long; que par conséquent l'usage qui en est fait pour commettre un vol par un individu, en s'en servant pour ouvrir les fermetures auxquelles elle a cessé d'appartenir, constitue l'emploi d'une fausse clef, et caractérise la circonstance aggravante du vol spécifié dans le n° 4 de l'article 381 [1]. » La même solution se trouve formulée en d'autres termes par un arrêt qui porte : « que l'effet légal de la destination originaire d'une clef cesse avec cette destination elle-même; que, cette destination cessant, la clef qui en serait ainsi dépouillée aurait, selon l'art. 398, le même caractère que la clef à laquelle une telle destination n'aurait jamais été attachée; que la destination primitive d'une clef ne peut être réputée avoir continué d'exister lorsque cette clef a été égarée, perdue

[1] Cass., 16 déc. 1825, Bull. n. 238, et 19 mai 1836, Journ. du dr. crim., t. 8, p. 247.

ou soustraite depuis un temps plus ou moins long, et que le propriétaire à qui elle manque a été placé par suite dans la nécessité de la remplacer; que dès lors l'usage qui en est fait pour commettre ultérieurement un vol, en ouvrant, à son aide, les fermetures auxquelles elle a cessé d'appartenir, constitue l'emploi d'une fausse clef[1]. »

2110. Cette interprétation est-elle exacte. Il n'y a de fausse clef, aux termes de l'art. 398 du Code pénal, que la clef contrefaite, ou celle qui n'a pas été destinée par le propriétaire à l'usage auquel on l'emploie : cette définition est complète, elle est rigoureuse; et comme la loi considère l'emploi d'une fausse clef comme une circonstance aggravante de la peine, il en résulte qu'elle doit être étroitement resserrée dans ses termes. Or la véritable clef d'une serrure, dont le voleur, après l'avoir trouvée ou soustraite, se sert pour ouvrir cette serrure, n'est ni une clef contrefaite ou altérée, ni une clef détournée de sa destination, puisqu'elle est appliquée, au contraire, bien qu'avec fraude, à la serrure même à laquelle elle était destinée. Cette clef ne se trouve donc pas comprise dans les termes de la définition ; elle ne peut donc être réputée fausse clef. L'arrêt objecte que la destination originaire d'une clef ne peut continuer d'exister, lorsque cette clef a été égarée ou soustraite depuis un temps plus ou moins long : mais la loi ne fait point cette distinction; elle n'assimile à la fausse clef, ainsi que le dit son texte et que l'explique l'exposé des motifs, que la clef qui n'avait pas été destinée à la fermeture à laquelle on l'emploie; il suffit donc que la clef ait été faite pour cette fermeture, pour que l'assimilation cesse d'exister. Comment, ensuite, déterminer l'époque où la clef égarée perd sa destination primitive et en acquiert une autre? Ne faudrait-il pas admettre, en poursuivant ce système, qu'au moment même de la perte de cette clef, qu'au moment où le voleur s'en empare, elle abdique sa destination, et, par une conséquence nécessaire, qu'il suffit que le voleur se soit servi d'une clef, l'eût-il trouvée au moment même d'en faire usage, l'eût-il trouvée dans la porte ou dans le meuble même, pour qu'elle devienne une fausse

[1] Cass., 27 avril 1854, Bull. n. 142.

clef ? D'ailleurs il n'est pas même exact de placer sur la même ligne le vol commis avec la clef véritable, ou celui qui se commet à l'aide d'une clef contrefaite ou détournée de sa destination. Dans cette dernière hypothèse, l'agent a dû longuement préparer son crime ; il a fallu qu'il fît confectionner la clef dont il avait besoin, ou qu'il essayât celle qu'il destinait à l'exécution du vol ; ces préparatifs décèlent une longue préméditation : après avoir conçu la pensée de son crime, l'auteur du vol s'est procuré des instruments pour le commettre. Dans la première hypothèse, au contraire, il n'avait aucun préparatif à faire ; c'est la possession de la clef, soit qu'il l'ait trouvée ou soustraite, qui lui a donné la pensée du vol ; l'action ne suppose ni la même audace, ni la même persévérance ; ce sont deux faits distincts que la loi a sagement séparés. Et puis, en matière de délits contre la propriété, la loi considère, en général, comme moins coupable celui auquel l'imprudence d'un tiers a fourni l'occasion, et peut-être la pensée du crime. C'est ainsi que le faux commis par celui auquel un blanc seing a été confié n'est considéré que comme un simple abus de confiance ; c'est ainsi que l'introduction du voleur par une porte laissée ouverte n'aggrave point le vol, et que la soustraction commise dans un meuble non fermé n'est qu'un vol simple. Or le propriétaire qui égare sa clef commet une imprudence qui doit modifier l'action de celui qui, l'ayant trouvée, en fait un criminel usage ; il est dans la même position que celui qui laisse sa porte ouverte, ou qui ne ferme pas ses meubles : le vol commis à son préjudice doit donc rester un vol simple.

2111. La loi pénale ne s'est pas contentée de punir l'emploi des fausses clefs dans l'exécution d'un vol, elle a puni la fabrication même de ces instruments. « A l'égard des fausses clefs proprement dites, porte l'exposé des motifs, la loi condamne celui qui les fabrique à des peines de police correctionnelle ; elle veut même que, si c'est un serrurier, il subisse la peine de la reclusion. La faute doit être punie plus rigoureusement à raison de la facilité qu'on a eue de la commettre, et la confiance nécessairement attachée à cet état exige d'autant plus de précaution. » Ce que la loi punit ici, c'est encore un acte préparatoire du vol, la fabrication des fausses clefs qui doivent

servir à le commettre. Le législateur a prévu que cette fabrication, lorsqu'elle serait faite par un tiers étranger au vol même, pourrait n'être pas considérée comme un acte de complicité, et il en a fait un délit *sui generis.*

La loi du 13 mai 1863 n'a fait à l'art. 399 qu'un changement de qualification : l'ancien article prononçait contre le serrurier la peine de la reclusion ; la loi substitue à cette peine celle de l'emprisonnement.

ART. 399. Quiconque aura contrefait, altéré des clefs sera condamné à un emprisonnement de trois mois à deux ans et à une amende de 25 à 150 fr. — Si le coupable est un serrurier de profession, il sera puni *d'un emprisonnement de deux à cinq ans et d'une amende de* 50 *à* 500 *fr.* — Il pourra en outre être privé de tout ou partie des droits mentionnés en l'art. 42 pendant cinq ans au moins et dix ans au plus, à compter du jour où il aura subi sa peine ; il pourra aussi être mis, par l'arrêt ou le jugement, sous la surveillance de la haute police pendant le même nombre d'années. — Le tout, sans préjudice de plus fortes peines, s'il y échet en cas de complicité de crimes.

L'exposé des motifs explique cette atténuation en ces termes :

« La contrefaçon de clefs punie dans cet article n'est qu'un acte préparatoire du vol, ce n'est pas un commencement d'exécution. Il n'est pas nécessaire même que la contrefaçon se rattache à un projet particulier de vol ; ce serait un acte de complicité ; cette incrimination d'un acte préparatoire, très-légitime dans certains cas, et celui-ci est du nombre, veut néanmoins de la modération dans la pénalité. La peine de la reclusion qui est dans le second paragraphe a paru trop forte. La circonstance que le coupable est un serrurier de profession ne suffit point ; elle n'implique pas un abus de fonction, de pouvoir, ou de confiance forcée. Non toutefois que la profession soit une circonstance indifférente, elle ajoute au péril par l'habileté du coupable et par les occasions ; mais une aggravation de peine pouvant aller jusqu'à l'extrême limite des peines correctionnelles fera certainement à cette circonstance toute la part qui convient. »

Le rapport ne fait que reproduire le même motif :

« Sans doute la profession est une circonstance aggravante par l'habileté qu'elle donne et par les facilités qu'elle fournit. Mais il nous semble qu'on tiendra de cette circonstance un compte suffisant en punissant la contrefaçon par le serrurier de l'emprisonnement de deux à cinq ans avec les incapacités accessoires et la surveillance. »

2112. Il est évident, quels que soient les termes de l'article,

que le simple fait d'avoir contrefait ou altéré des clefs ne suffit pas pour constituer un délit, car cette imitation ou cette altération peut avoir été ordonnée par le propriétaire même des fermetures : il faut que les clefs aient été fabriquées avec la connaissance de leur fausseté et la prévision de leur usage; c'est là ce qui constitue le délit moral, l'intention criminelle, l'élément indispensable de la pénalité correctionnelle.

Cette connaissance peut même, dans certains cas, constituer un acte de complicité : si le fabricateur a prévu seulement que les clefs seraient employées à commettre des vols, s'il les a fabriquées avec cette destination générale, mais sans avoir connu spécialement le projet d'aucun vol particulier, il ne peut être poursuivi qu'à raison du fait même de cette fabrication; c'est un acte distinct du vol, bien qu'il l'ait préparé : c'est précisément l'objet de l'incrimination spéciale de l'art. 399. Mais si le fabricateur, au contraire, a connu le projet du vol, et a fabriqué les clefs en vue de ce projet et pour aider à son exécution, il doit être considéré comme complice, puisqu'il a préparé les instruments qui ont servi à le commettre, et les a fournis sciemment et avec la connaissance de l'objet auquel ils étaient destinés [1].

2113. La peine devient plus grave quand le coupable est *un serrurier de profession*. Cette qualité imprime au délit le caractère d'un crime, parce que le serrurier commet, de plus qu'un particulier, un abus de sa profession, et qu'il agit avec la connaissance certaine de la destination à laquelle on doit employer les clefs. Notre ancienne législation appliquait une peine plus forte que celle du vol même aux serruriers qui avaient commis eux-mêmes ce vol à l'aide de fausses clefs, ou s'en étaient rendus complices. « La difficulté de se garantir de ces sortes de vols, dit Muyart de Vouglans, jointe à la circonstance du faux dont ils sont accompagnés, sont autant de motifs particuliers qui tendent à en faire aggraver la peine. Cette peine est ordinairement celle de mort [2]. » Cette aggravation de la peine du vol, à raison de la qualité de serrurier du voleur, n'a pas été

[1] Cass., 13 juin 1811, S.3.360; J.P.8.390.
[2] Lois crim., p. 300.

conservée par notre législation. On appliquait également un arrêt du parlement de Dijon, du 12 août 1748, et une ordonnance de police du 8 novembre 1780, ayant pour objet de régler la profession de serrurier : ces actes, destinés à prévenir, par de prévoyantes dispositions, l'emploi frauduleux des vieilles clefs et l'altération de celles qui pourraient être détournées de leur destination, peuvent encore servir à faire connaître aux serruriers les règles principales de leur profession ; mais leur inapplication ne pourrait plus motiver aucune peine.

§ V. — *Vol avec port d'armes.*

2114. Le port d'armes a été placé par le Code au nombre des circonstances aggravantes du vol. L'art. 381 du Code pénal prononce la peine des travaux forcés à perpétuité, lorsque, indépendamment des quatre autres circonstances qu'il prévoit, les coupables *ou l'un d'eux étaient porteurs d'armes apparentes ou cachées*. L'art. 385 prononce la peine des travaux forcés à temps, lorsque le vol a été commis la nuit, par deux ou plusieurs personnes, et *si le coupable ou l'un des coupables était porteur d'armes apparentes ou cachées*. Les art. 382 et 383 font encore de cette circonstance un élément de la peine des travaux forcés à temps, dans les vols commis à l'aide de violences ou sur les chemins publics. Enfin l'art. 386, n° 2, porte la peine de la reclusion contre tout individu coupable de vol, « si le coupable ou l'un des coupables était porteur d'armes apparentes ou cachées, même quoique le lieu où le vol a été commis ne fût ni habité ni servant à l'habitation, et encore quoique le vol ait été commis le jour et par une seule personne ».

Il résulte de ces diverses dispositions que le port d'armes est une circonstance aggravante du vol, indépendamment du concours de toute autre circonstance. Ainsi, lors même que le vol a été commis pendant le jour, par une seule personne, et dans un lieu qui n'est ni habité ni dépendant d'une maison habitée, la seule possession d'armes apparentes ou cachées, de la part du voleur, suffit pour aggraver le caractère du vol et lui imprimer le caractère du crime. Il a paru au législateur que cette seule possession d'armes apparentes ou cachées, de la part du

voleur, indépendamment de toute autre circonstance, suffisait pour modifier la nature du fait, soit parce qu'elle révèle dans l'agent l'intention d'employer la force au besoin, soit parce qu'elle facilite l'exécution du vol par la crainte qu'elle peut inspirer.

2115. Lorsque le port d'armes se réunit à d'autres circonstances aggravantes, il concourt encore à l'élévation du taux de la peine. Ainsi les vols commis de nuit et de complicité, les vols commis sur les chemins publics et les vols commis avec violences puisent une aggravation nouvelle dans la circonstance concomitante du port d'armes. Enfin, ce fait forme l'une des cinq circonstances dont le concours motivait l'application de la mort avant la loi du 28 avril 1832, et aujourd'hui la peine des travaux forcés à perpétuité contre les coupables de vol.

Une autre conséquence des mêmes dispositions est que l'aggravation est attachée au seul fait du port d'armes, indépendamment de l'usage qui a pu être fait de ces armes; cet usage, en effet, est un acte de violence, et constitue une circonstance aggravante distincte du port d'armes, et qui produit son effet séparément sur la moralité du vol.

Ces dispositions sont claires et précises : la seule difficulté à laquelle elles peuvent donner lieu réside dans la définition des armes. Quels sont les instruments, quels sont les ustensiles, qui doivent prendre cette qualification? Dans quels cas le vol doit-il être réputé commis avec port d'armes? Cette question est grave; mais nous l'avons examinée avec tous les développements qu'elle comportait dans le chapitre 20 de cet ouvrage, et nous devons dès lors nous borner à y renvoyer nos lecteurs (n. 507 et suiv.).

§ VI. — *Violences et menaces.*

2116. La violence est de toutes les circonstances aggravantes du vol celle qui exerce le plus d'influence sur son caractère.

L'exposé des motifs reconnaît cette influence en ces termes : « La circonstance qui aggrave le plus le vol est la violence, parce qu'alors le crime offre tout à la fois un attentat contre la personne et contre la propriété. Ainsi le vol fait avec violence,

quoique nulle autre circonstance n'existe, et qu'il n'ait laissé aucune trace de blessure, sera puni de la peine des travaux forcés à temps. Mais si le vol, outre la violence, a été accompagné de plusieurs autres circonstances aggravantes, par exemple, s'il a été commis la nuit et avec armes, ou si seulement la violence a laissé quelques traces de blessures ou de contusions, ce n'est pas la peine des travaux forcés à temps, mais celle des travaux forcés à perpétuité qui sera prononcée. En effet, lorsque le vol porte un tel caractère, il est d'une nature si grave, que toute peine moins sévère ne serait pas assez répressive. »

Le seul emploi de la violence, indépendamment de toute autre circonstance, suffit donc non-seulement pour élever le vol simple au rang des crimes, mais encore pour le rendre passible, en franchissant deux degrés de l'échelle des peines, de celle des travaux forcés à temps. L'art. 385 porte en effet : « Sera puni de la peine des travaux forcés à temps, tout individu coupable de vol commis avec violence, lorsqu'elle n'aura laissé aucune trace de blessure ou de contusion, et qu'elle ne sera accompagnée d'aucune autre circonstance. »

L'art. 382 punit également de la peine des travaux forcés à temps « tout individu coupable de vol commis à l'aide de violence, et de plus avec deux des quatre premières circonstances prévues par l'art. 381 ». Mais cet article ajoute : « Si la violence à l'aide de laquelle le vol a été commis a laissé des traces de blessures ou de contusions, cette circonstance seule suffira pour que la peine des travaux forcés à perpétuité soit prononcée. »

Enfin, l'art. 381 prononce également la peine des travaux forcés à perpétuité, si les coupables du vol qu'il prévoit ont commis le crime, indépendamment des circonstances de nuit, de complicité, de port d'armes et d'introduction frauduleuse dans la maison, *avec violence ou menace de faire usage de leurs armes*.

2117. Le Code pénal avait prononcé, dans ce cas, la peine de mort : « Le vol avec violence, portait l'exposé des motifs, emportera la peine de mort lorsqu'il aura été commis avec une réunion de circonstances dont l'ensemble présente un caractère si alarmant, que le crime doit être mis au même rang que l'as-

sassinat. Il faudra donc que le vol avec violence ait été en même temps commis la nuit, par deux ou plusieurs personnes, avec armes apparentes ou cachées, et de plus à l'aide d'effraction extérieure ou d'escalade, ou de fausses clefs, ou en prenant un faux titre ou un faux costume, et en alléguant un faux ordre. Toutes ces circonstances réunies forment un corps de délit si grave, que la loi punit les coupables de la même peine que celui qui a commis un assassinat. Il n'est pas même nécessaire, lorsque ce concours de circonstances existe, que les coupables aient consenti à exercer des violences ; il suffit qu'ils aient menacé de faire usage de leurs armes. » La loi du 28 avril 1832 a commué, dans ce cas, la peine de mort en celle des travaux forcés à perpétuité.

2118. On peut remarquer, dans les dispositions que nous venons de parcourir, deux anomalies assez graves qui sont le résultat des rectifications un peu précipitées de la loi du 28 avril 1832. La première subsiste dans le texte complet de l'art. 382 et entre les deux paragraphes de cet article. La loi rectificative a substitué, dans le § 1er, à la peine des travaux forcés à perpétuité, celle des travaux forcés à temps ; or cette atténuation devait nécessairement entraîner la même modification dans le deuxième paragraphe. En effet, le vol commis par une seule personne avec violence, lors même que cette violence a laissé des traces, n'est pas plus grave que le vol commis avec violence par plusieurs personnes munies d'armes apparentes, ou qui ont escaladé les murs d'une maison pour le commettre ; si l'un de ces deux crimes est plus grave que l'autre, c'est même assurément le dernier. Telle était aussi la pensée exprimée par l'article, lorsque, après avoir porté dans son premier paragraphe la peine des travaux forcés à perpétuité, il ajoutait : *Si même la violence a laissé des traces de blessures ou de contusions, cette circonstance seule suffira pour que la peine des travaux à perpétuité soit prononcée.* Il est étrange que le législateur ait maintenu en 1832 cette formule qui avait pour objet d'étendre le premier paragraphe, et qui se trouve maintenant en contradiction avec cette disposition. Au reste, la peine des travaux forcés perpétuels a été conservée dans le deuxième paragraphe, sur ces paroles de l'un des membres de la commis-

sion de la Chambre des députés : « Les violences peuvent aller jusqu'à tel point que l'individu aura été approché du feu, aura été chauffé : trouvez-vous que la peine des travaux forcés soit assez sévère dans cette circonstance ? Le cas dont je parle se présente ; on en a eu des exemples. C'est ce qui nous a frappés et décidés à maintenir la disposition que la commission vous propose[1]. » Il nous semble qu'il fallait distinguer : si des violences il est résulté des blessures graves, la peine pouvait être maintenue ; mais si les violences, légères par elles-mêmes, n'ont laissé que la trace de quelques contusions, cette peine est hors de proportion avec le crime. Nous avons souvent eu lieu de remarquer qu'en matière pénale les dispositions absolues sont nécessairement injustes, parce qu'elles s'appliquent à des actions d'une inégale valeur.

2119. Une deuxième anomalie pouvait être signalée entre les art. 382 et 385. L'art. 382 punit de la peine des travaux forcés à temps *le vol commis avec les circonstances* prévues par l'art. 381. L'art. 385 punit également des travaux forcés à temps *le vol commis avec violence*, lorsqu'elle n'aura laissé aucune trace de blessure ou de contusion, et *qu'elle ne sera accompagnée d'aucune autre circonstance*. Voilà donc le même fait, le vol avec violence, qui, dans le premier de ces articles, n'est frappé des travaux forcés à temps qu'autant qu'il est accompagné de deux autres circonstances aggravantes, et qui, dans le deuxième, est puni de cette peine alors même qu'il est dégagé de toute circonstance aggravante : d'où il suit que la présence des circonstances énumérées dans l'art. 382 devient indifférente et sans aucun effet. Nous avons dû signaler cette contradiction échappée à l'irréflexion de la discussion. Il est facile d'en trouver la cause : le législateur, en substituant à la peine de mort celle des travaux forcés à perpétuité dans l'article 381, a été conduit à abaisser également la peine d'un degré dans l'art. 382 ; mais il s'est contenté de cette réduction matérielle, et n'a point songé à la coordonner avec les articles suivants.

[1] M. Parant, Moniteur du 1er déc. 1831, 1er suppl.

Cette anomalie a été effacée par la loi du 13 mai 1863. On lit dans l'exposé des motifs :

« L'art. 382 punit de la peine des travaux forcés à temps tout individu coupable de vol commis *à l'aide de violence et de plus avec deux des quatre premières circonstances prévues par l'art.* 381. De son côté, l'art. 385 punit de la même peine tout vol commis *à l'aide de violence, lorsqu'il n'est accompagné d'aucune autre circonstance aggravante.* Cette antinomie n'existait pas dans la rédaction primitive du Code, où l'art. 382 prononçait la peine des travaux forcés à perpétuité. En abaissant cette peine d'un degré en 1832, on ne s'aperçut pas de la contradiction qui est manifeste et qui doit disparaître. Pour arriver à ce résultat, il a paru logique et juste de ramener l'art. 382 au système de l'art. 385, c'est-à-dire de considérer la violence comme une circonstance assez aggravante pour motiver seule la peine des travaux forcés à temps. La rédaction du premier paragraphe de l'art. 382 a été modifiée dans ce sens ; et l'on a retranché de l'art. 385, comme faisant double emploi, ce qui était relatif à la violence. »

Voici le texte de l'article :

ART. 382. Sera puni de la peine des travaux forcés à temps, tout individu coupable de vol commis à l'aide de violence. Si la violence à l'aide de laquelle le vol a été commis a laissé des traces de blessures ou de contusions, cette circonstance suffira pour que la peine des travaux forcés à perpétuité soit prononcée.

2120. Quelle est la signification du mot *violences* dans le sens des art. 381, 382 et 385 ? Quelle doit être la gravité de ces violences pour qu'elles puissent devenir un élément d'aggravation de la peine ? La loi n'a donné aucune définition : mais elle a posé deux hypothèses qui peuvent servir à fixer son véritable sens.

La première est énoncée dans le cinquième paragraphe de l'art. 381. Ce paragraphe considère comme un acte de violence *la menace* de l'agent de faire *usage de ses armes;* or, bien que cette règle ne soit écrite que dans l'art. 381, elle s'étend évidemment aux articles subséquents; car les violences sont prises dans le même sens dans ces différents articles, et l'identité des motifs est complète. Voilà donc un premier exemple d'un acte matériel de violence. Il est à remarquer, du reste, que la menace de faire usage des armes est la seule que la loi ait assimilée à un acte de violence, et que les autres menaces, quelles qu'elles soient, n'ont point été placées parmi les circonstances qui peuvent aggraver le vol,

Nous trouvons l'autre exemple dans la distinction établie par les art. 382 et 385 contre les violences qui ont *laissé des traces de blessures et de contusions*, et celles qui n'ont laissé aucune trace. Il n'est donc pas nécessaire que les violences produisent une incapacité de travail, qu'elles produisent une blessure, qu'elles laissent une trace quelconque.

De là il suit que les violences, dans le sens de ces différents articles, comprennent toutes les voies de fait qui sont dirigées contre les personnes, lors même qu'elles ne porteraient aucune atteinte à leur sûreté, qu'elles ne les menaceraient d'aucun danger personnel. Ainsi le fait de retenir une personne pendant l'exécution du vol, de lui arracher une clef, de la dépouiller d'un objet, sont des actes de violence, bien qu'ils n'aient pas pourtant l'intention d'exposer la personne à aucun péril. C'est dans ce sens que la Cour de cassation a déclaré que le seul fait d'avoir voilé la tête d'une personne pour l'empêcher de reconnaître les auteurs du vol, était un acte de violence[1].

2121. Une question s'est élevée. Si l'agent a commis des violences, non point pendant l'exécution du vol et pour assurer cette exécution, mais pour assurer sa fuite au moment où il se voit découvert, ces violences ont-elles le caractère de la circonstance aggravante? La Cour de cassation a décidé cette question affirmativement; son arrêt porte : « que c'est mal à propos que l'arrêt attaqué a considéré comme étranger à la tentative de vol l'usage que l'un des auteurs a fait contre le plaignant d'un stylet dont il était armé, et les coups qu'il lui en a portés; que ce fait de violence se rattache nécessairement à la tentative dont il était la suite, et à laquelle il était, pour ainsi dire, adhérent; qu'en effet, les circonstances fortuites et indépendantes de la volonté des auteurs, qui ont empêché la consommation du vol, ne consistent pas seulement dans l'apparition subite du plaignant, mais encore dans la crainte que sa présence a inspirée aux coupables, et dans le parti de fuir que cette crainte leur a fait prendre; que les coupables étaient donc en état de tentative de vol lorsqu'ils ont pris la fuite, et qu'en fuyant l'un d'eux a fait usage de l'arme dont il était porteur;

[1] Cass., 26 mars 1813, S.4.313; Dall., Recueil alph., t. 12, p. 1064.

qu'ainsi la tentative de vol a été commise avec violence[1]. » M. Legraverend approuve cet arrêt : « Un vol, dit cet auteur, ne peut être exécuté qu'en parvenant au lieu où est la chose qu'on veut voler et en s'en éloignant pour consommer et cacher son vol. La retraite ou la fuite des voleurs est donc une circonstance élémentaire et nécessaire du vol, et l'usage d'armes dans la fuite, pour favoriser ou assurer cette fuite, est donc une violence dans le vol ou dans la tentative du vol[2]. »

Cette double argumentation peut donner lieu à quelque difficulté. L'art. 382 punit de la peine des travaux forcés à temps *le vol commis à l'aide de violence.* La violence n'est donc une circonstance aggravante de ce vol que lorsqu'elle aide et facilite son exécution. Or, d'après les principes du droit, et suivant même la jurisprudence de la Cour de cassation, *le vol est consommé du moment que la chose volée a été appréhendée par le voleur*[3], et la tentative du vol est consommée du moment que l'exécution a été interrompue par une circonstance indépendante de la volonté de cet agent. Les actes postérieurs à cette appréhension ou à cette interruption ne sont donc plus des actes d'exécution du vol ; ce n'est donc pas à l'aide de ces actes que le délit a été commis ; ils ne peuvent donc servir à le caractériser. On allègue que la fuite des coupables est, suivant l'arrêt, un acte *adhérent* au vol, et, suivant M. Legraverend, une circonstance aggravante de ce vol. Cette dernière assertion est visiblement inexacte, et la première ne prouve rien. La fuite du voleur ne saurait être un élément du vol, puisque le délit est consommé quand il prend la fuite ; et si cet acte adhère au vol, c'est parce qu'il est sa conséquence, et non son moyen d'exécution. La violence a été commise pour assurer la fuite, non pour exécuter le vol ; pour protéger la sûreté du voleur, non pour accomplir une action parfaitement complète ; pour garantir, si l'on veut, les bénéfices du délit, non pour concourir au fait qui a procuré ces bénéfices. Cette violence peut sans doute être punie, mais comme délit distinct,

[1] Cass., 18 déc. 1812, J.P.10.903.
[2] Traité de législ. crim., t. 2, p. 129.
[3] Cass., 14 déc. 1839, S.1.350 ; Journ. du dr. crim., t. 12, p. 184.

sui generis, et non comme circonstance d'un acte qu'elle n'a pu modifier, puisqu'elle n'est née qu'au moment où il était accompli.

2122. La violence, lorsqu'elle est un moyen d'exécution du vol, modifie son caractère et l'aggrave, quel que soit le lieu de sa perpétration, et quelles que soient les personnes envers lesquelles elle est exercée. La Cour de cassation a eu lieu d'appliquer cette règle, en décidant que le vol commis avec violence dans une maison d'arrêt par plusieurs détenus envers leur codétenu, était passible de l'application de l'art. 385 ; les motifs de cet arrêt sont : « que cette disposition est générale, et que les juges ne peuvent se dispenser de s'y conformer dans tous les cas pour lesquels le législateur lui-même n'aurait pas établi d'exception; que cependant l'arrêt attaqué a déclaré que le vol ayant eu lieu dans une maison d'arrêt par des détenus au préjudice d'un autre détenu, et les prévenus se trouvant ainsi dans une situation qui n'était prévue par aucune disposition de la loi, les art. 381 et 382 ne pouvaient être appliqués, et que l'espèce ne présentait qu'un délit non spécifié qui ne pouvait donner lieu qu'à une poursuite par voie correctionnelle; que cet arrêt, en créant ainsi une distinction qui ne pouvait être établie que par l'autorité législative, a commis un excès de pouvoir[1]. »

2123. On doit ranger dans la classe des vols commis avec violence le crime d'*extorsion*.

Le paragraphe 1er de l'art. 400 est ainsi conçu : « Quiconque aura extorqué par force, violence ou contrainte, la signature ou la remise d'un écrit, d'un acte, d'un titre, d'une pièce quelconque contenant ou opérant obligation, disposition ou décharge, sera puni de la peine des travaux forcés à temps. »

L'extorsion n'est qu'un vol commis à l'aide de la force, de la violence ou de la contrainte. Tel est le caractère que la loi a voulu lui assigner; en effet, c'est dans la section des vols qu'elle l'a placée : les articles qui suivent l'art. 379, jusqu'à l'art. 400 inclusivement, énumèrent les différentes espèces de vols que le législateur a cru devoir spécifier et qualifier; l'ar-

[1] Cass., 1er mars 1816, S.5.161 ; J.P.13.305.

ticle 401, qui suit immédiatement la disposition relative à l'extorsion, ajoute : *Les autres vols non spécifiés dans la présente section...* C'est donc un vol que la loi a vu dans l'extorsion, un vol qu'elle a voulu punir. Et puis, quel est le but de l'extorsion? C'est d'enlever un écrit, un acte quelconque contenant obligation ou décharge, par conséquent de soustraire une chose appartenant à autrui, une chose ayant une valeur quelconque. Tous les caractères des vols se réunissent donc dans ce crime [1].

2124. De cette première règle nous tirons deux conséquences. La première, c'est que l'extorsion étant un vol, il y a lieu d'appliquer la disposition de l'art. 380, parce que cette disposition, générale et absolue, est fondée sur des motifs d'honnêteté publique, et doit s'appliquer à tous les faits qui ont légalement le caractère de vols. La Cour de cassation a jugé, conformément à cette doctrine, qu'il n'y avait aucune peine à prononcer contre une femme reconnue coupable d'avoir, avec un tiers, extorqué par force, violence et contrainte, la signature d'un écrit contenant obligation par son mari au profit de ce tiers [2].

En second lieu, l'extorsion étant un vol accompagné de force, de contrainte ou de violence, il s'ensuit que ce même fait, dénué de ces circonstances, constitue encore un vol simple, passible des peines de l'art. 401. Ainsi, dans une espèce où la Cour d'assises, après la déclaration négative du jury sur la circonstance des violences, avait prononcé l'absolution de l'accusé, la Cour de cassation a décidé : « que le législateur a rangé l'extorsion dans la classe des vols ; qu'il suit de là que si l'extorsion se trouve dépouillée des trois circonstances de force, violence ou contrainte, qui en font un crime et entraînent l'application de la peine des travaux forés à temps, elle rentre dans la classe des vols simples, larcins et filouteries, prévus par l'article 461 ; que, dès lors, la Cour d'assises, en prononçant l'absolution des accusés déclarés coupables de l'extorsion de la signature et de la remise d'une obligation, mais sans contrainte, a violé l'art. 401 [3]. »

[1] Cass., 7 oct. 1831, Journ. du dr. cr., t. 4, p. 64; 3 avr. 1830, *ibid.*, t. 2, p. 164.

[2] Cass., 7 oct. 1831, Journ. du dr. crim., t. 4, p. 64; 8 fév. 1840, Bull. n. 51, S.40.1.651.

[3] Cass., 8 fév. 1840, Bull. n. 51 ; S.40.1 651.

2125. Toutefois une observation doit être faite. L'extorsion renferme le vol en elle-même : *Rapina continet in se furtum, et raptor omni modo furtum facit*[1] ; mais ce vol a ses caractères particuliers et diffère du vol ordinaire. En effet, l'extorsion soit de la signature, soit de la remise d'un écrit, suppose que le signataire ou le détenteur a été amené lui-même à signer ou à remettre l'écrit. Il est difficile sans doute d'admettre que ce résultat puisse être obtenu contre la volonté de ce signataire ou de ce détenteur, sans l'emploi de la contrainte ou de la violence ; mais, en admettant que cette circonstance soit écartée, ce n'est point à l'aide de la soustraction que s'opère l'extorsion, c'est en portant la personne victime du délit, soit par surprise, soit par des moyens autres que ceux prévus par l'article, à signer ou à remettre l'écrit. Le vol consiste dans cette signature ou cette remise surprise ou contrainte, dans l'action de cette signature ou de cette remise de la part du signataire ou du détenteur, contre sa volonté ; c'est donc, même en écartant la violence, un délit particulier qui renferme un vol en soi, mais en conservant son caractère spécial et distinct.

2126. L'extorsion étant un vol, c'est-à-dire un attentat contre la propriété, il s'ensuit que le délit n'existe qu'autant que l'écrit signé ou remis contient ou opère *obligation*, *disposition* ou *décharge*. C'est là une condition restrictive et essentielle du crime : le législateur n'a pas voulu incriminer et punir la seule intention de nuire, il faut encore que le titre extorqué puisse porter un véritable préjudice. Tous les actes, toutes les pièces qui tendent à compromettre la fortune du signataire ou du détenteur, à créer contre lui ou contre un tiers un droit, ou à enlever la preuve d'un droit, doivent rentrer dans ces termes généraux. M. Carnot a trouvé que le mot *disposition* avait quelque chose de vague, et qu'il était difficile de s'en faire une juste idée, si l'on veut lui donner une autre signification que celle d'*obligation* ou de *décharge*[2]. Il est évident que cette expression doit prendre dans l'art. 400 la même signification que dans l'art. 147, et qu'elle comprend en général tous les actes qui,

[1] Farinacius, de furtis, quæst. 166, num. 31.
[2] Comm. du Code pénal, t. 2, p. 346.

sans contenir précisément une obligation ou une décharge, peuvent intéresser cependant la fortune du signataire ou du propriétaire; nous n'en citerons qu'un seul exemple, *les testaments et les actes qui ont pour objet de les révoquer*. Mais faut-il comprendre, avec le même auteur, dans cette expression, *les écrits qui peuvent intéresser*, non la fortune de celui qui les a souscrits, mais son honneur ou sa réputation? Il nous semble que cette question ne peut être sérieusement élevée devant les termes restrictifs de la loi. L'extorsion n'est un délit que lorsque l'écrit extorqué opère *obligation*, *disposition* ou *décharge*. Il résulte assurément de ces termes que la loi a mis comme une condition de l'incrimination la possibilité d'un préjudice matériel, d'une lésion portant sur les biens. Supposons que la pièce extorquée soit une lettre où le signataire avoue ou reconnaît un fait préjudiciable à son honneur; comment comprendre une telle déclaration sous les termes d'obligation, de disposition ou de décharge? La loi a circonscrit sa disposition à une seule classe d'écrits; il ne faut pas l'étendre; peut-être eût-il été imprudent de le faire. L'extorsion consiste dans la remise forcée d'un titre ou d'un acte; tout le délit est dans l'absence de la volonté du signataire ou du détenteur; or cette absence de la volonté est difficile à prouver. Elle se présume, lorsqu'il s'agit d'une obligation qui n'a point de cause, de la décharge d'une dette, de l'enlèvement d'un titre utile au spoliateur; mais lorsque l'écrit ne met en jeu que des intérêts moraux, comment discerner et apprécier les différents mobiles qui ont pu porter à le signer, à le remettre? Le législateur a pu croire prudent de poser des limites à la poursuite de l'extorsion d'écrits; ces limites doivent être respectées par l'interprétation.

2127. Cette règle a été consacrée à l'égard de l'extorsion d'un blanc seing. Un accusé avait été déclaré coupable d'avoir extorqué par violence la signature d'actes qui étaient demeurés à l'état de blancs seings. Cette condamnation a été cassée : « attendu que, d'après les dispositions formelles de l'art. 400, il n'existe d'extorsion légalement punissable que quand il s'agit de la signature ou de la remise d'écrits, actes ou pièces quelconques contenant ou opérant obligation, disposition ou dé-

charge ; que les dispositions de la loi pénale ne peuvent être étendues par analogie ; que si l'art. 407 punit l'abus frauduleux d'un blanc seing confié à autrui et répute faux l'abus qui est fait par celui auquel le blanc seing n'a pas été confié, le papier resté à l'état de blanc seing n'a pas de valeur légale par lui-même, abstraction faite de son usage ultérieur ; qu'une signature en blanc ne contient et n'opère ni obligation, ni disposition, ni décharge, et que dès lors, en appliquant aux faits constatés l'art. 400, l'arrêt a commis un excès de pouvoir[1]. »

Cependant, prise dans un sens absolu, cette décision pourrait n'être plus exacte, car l'extorsion d'un blanc seing, dans certaines circonstances, caractérise la tentative d'une extorsion punissable. C'est ce qui a été décidé par un autre arrêt qui porte : « que, s'il a été jugé, par une stricte application de l'art. 400, que l'extorsion d'un blanc seing ne constituait pas le crime prévu par cet article, c'est que rien, dans la question posée au jury, ne faisait reconnaître que le blanc seing dût être converti en obligation ; que, dans l'espèce, il résulte au contraire des termes de la question posée que les accusés avaient extorqué la signature dans l'intention d'y adapter un écrit emportant obligation ; que lorsque l'incrimination porte, non sur un fait consommé, mais sur une simple tentative, une partie de l'exécution reste nécessairement en dehors du fait déclaré constant ; que, dans toute tentative, il y a toujours place à quelque incertitude et à des faits qui se lient au fait principal, mais qui restent en dehors de ce fait ; que là où il y a commencement d'extorsion et où la tentative n'a manqué son effet que par des circonstances indépendantes de la volonté de son auteur, la loi même suppose que l'accusé serait allé jusqu'à l'accomplissement de son dessein et que le crime aurait été consommé ; que les termes dans lesquels la déclaration du jury a été conçue renferment tous les éléments légaux de la tentative, et que le jury, par une appréciation souveraine des faits et circonstances de la cause, a pu décider que la pièce sur laquelle la signature avait été apposée devait contenir obligation de la part du signataire[2]. »

[1] Cass., 19 juin 1845, Bull. n. 199.— [2] Cass., 27 mars 1856, Bull. n. 120.

2128. Si le titre extorqué ne peut pas atteindre le but de l'agent, s'il se trouve nul pour irrégularité de formes, s'il ne peut produire aucun effet, l'extorsion conserve-t-elle son caractère de crime? La Cour de cassation a jugé : « que les formes irrégulières que peuvent avoir les billets qui sont l'objet de l'extorsion ne change rien au caractère du crime, puisque l'intention des accusés ayant été d'en tirer un bénéfice illégitime, les nullités de forme de ces billets ne peuvent couvrir leur culpabilité[1]. » Cette solution semblait peut-être contestable à la Cour elle-même, puisqu'elle se hâtait d'ajouter : « que d'ailleurs lesdits billets étaient, malgré l'état imparfait de leur rédaction, susceptibles d'obligation. » La loi ne se borne pas à exiger l'intention criminelle jointe au fait de l'extorsion; elle veut que l'écrit extorqué puisse contenir ou opérer obligation, disposition ou décharge. Si donc l'acte ne produit aucun de ces effets, s'il est atteint d'un vice radical, il faut peut-être décider, comme nous l'avons proposé en matière de faux, qu'il n'existe pas de crime, parce qu'il n'existe pas de préjudice possible. Cependant si la nullité est indépendante de la volonté de l'agent, si elle est une circonstance qu'il n'a pas prévue et qui lui soit étrangère, l'acte même irrégulier et privé de sa force pourrait être considéré comme une tentative du crime d'extorsion qui n'aurait manqué son effet que par une circonstance indépendante de la volonté de son auteur. (Voy. nos 1930 et 1933).

2129. Une deuxième condition de l'extorsion *est la violence* qui accompagne son exécution. Cette violence est une circonstance aggravante du vol que renferme ce crime; mais elle est constitutive du crime lui-même, puisque dès qu'elle est écartée, il dégénère en simple vol. L'art. 400 exige que l'extorsion soit effectuée *par force*, *violence*, ou *contrainte*. En énumérant ces trois modes d'exécution, le législateur a voulu atteindre toutes les espèces de violence : la violence physique et la contrainte morale. Nous avons expliqué, dans notre chapitre 15, les caractères différents de ces deux sortes de violence[2]; mais nos

[1] Cass., 6 fév. 1812, S.4.23; J.P.10.103.
[2] V. notre tome 1er, n. 277 et suiv.

observations admettent ici une restriction : il ne s'agit pas de la contrainte qui peut constituer une cause de justification des crimes et des délits, et qui doit, pour produire cet effet, être telle qu'il n'ait pas été possible d'y résister ; il suffit, suivant l'art. 1112 du Code civil, qu'elle ait été de nature à faire impression sur une personne raisonnable, et qu'elle ait pu lui inspirer la crainte d'exposer sa personne ou sa fortune à un mal considérable et présent.

Les trois modes d'extorsion ont chacun leur caractère particulier, et peuvent concourir à la formation du crime, indépendamment l'un de l'autre : il suffit donc que l'un de ces moyens existe pour l'existence de l'extorsion ; et par conséquent ce crime serait constaté, s'il était reconnu qu'il a été accompli à l'aide de la contrainte, lors même qu'il n'aurait été employé ni force ni violence. Telle est aussi la décision d'un arrêt de la Cour de cassation, portant : « que l'art. 400 a précisé trois modes distincts au moyen desquels peut se commettre l'extorsion de signature ou de remise d'actes ou titres mentionnés audit article, et que ces trois modes sont la force, la violence et la contrainte ; qu'ainsi les jurés, d'après leur conviction, ont pu et dû répondre négativement à deux de ces questions, et affirmativement sur la troisième, et qu'il ne résulte de ces déclarations aucune contradiction entre elles[1]. »

2130. Il est utile de présenter encore deux observations sur ce sujet. En premier lieu, l'extorsion, quand elle n'a pas été consommée, peut, comme nous l'avons déjà dit, être incriminée à titre de tentative, si elle contient les éléments d'une tentative légale. Mais il est nécessaire, dans ce cas, qu'il soit déclaré en fait par le jury que l'écrit extorqué devait contenir obligation, disposition ou décharge, car si le fait n'a pas été accompli, il faut au moins que la tentative ait renfermé en elle-même et que les agents aient eu l'intention d'exécuter tous les éléments du crime[2]. En second lieu, il n'est pas interdit, dans une accusation d'extorsion, si le caractère de l'écrit laisse des doutes, de décomposer les deux éléments du crime et de poser une ques-

[1] Cass., 15 janv. 1825, Bull. n. 5 ; S.8.15.
[2] Cass., 16 avril 1852, Bull. n. 132.

tion distincte sur les actes de violence qui avaient pour objet de forcer la signature. Dans une espèce où l'auteur du crime se trouvait couvert par l'immunité de l'art. 380, la Cour d'assises crut devoir poser une question de coups volontaires qui fut résolue affirmativement, et le pourvoi formé à raison de cette position a été rejeté [1]. »

2131. Nous devons placer ici une deuxième espèce d'extorsion que la loi du 13 mai 1863 a ajoutée à la loi pénale et qui est l'objet du deuxième paragraphe introduit dans l'art. 400.

Art. 400..., 2e §. Quiconque, à l'aide de la menace écrite ou verbale de révélations ou d'imputations diffamatoires, aura extorqué ou tenté d'extorquer, soit la remise de fonds ou valeurs, soit la signature ou remise des écrits énumérés ci-dessus, sera puni d'un emprisonnement d'un an à cinq ans et d'une amende de 50 à 3,000 fr.

Cette incrimination, que le projet du Gouvernement n'avait pas proposée, et qui est due à l'initiative de la commission, est motivée dans son rapport ainsi qu'il suit :

« A propos des extorsions par violence ou contrainte qui sont réglées par l'article 400, nous avons cru devoir nous occuper d'un genre d'extorsion qui ne se commet pas par une violence physique, mais qui s'accomplit au moins à l'aide d'une contrainte morale. — Le hasard, l'occasion, une confidence imprudente nous initient quelquefois à des secrets qui intéressent le repos des citoyens, l'honneur des familles, la paix du foyer domestique, et dont la révélation peut amener une poursuite criminelle, ou occasionner un scandale ; il se rencontre des hommes assez vils pour profiter de la connaissance qu'ils ont de ces secrets et pour menacer de les dénoncer ou de les répandre si on ne consent pas à acheter leur silence. D'autres, plus éhontés, ne savent rien qui puisse compromettre la personne qu'ils ont choisie pour victime, mais par des combinaisons astucieuses ils l'entraînent dans une combinaison suspecte et difficile à expliquer, ils font naître des circonstances d'où puisse résulter le soupçon d'une action honteuse, et menaçant d'exploiter de simples apparences, ils arrachent à la faiblesse et à la peur la rançon d'une calomnie dont ils promettent de s'abstenir. C'est ce qu'on nomme vulgairement *le chantage*. Dans le premier cas, c'est le chantage à l'aide de la menace de la révélation d'un fait vrai ; dans le second cas, c'est le chantage à l'aide de la menace de l'imputation d'un fait faux. Il paraît difficile de ne pas voir un délit dans un abus aussi révoltant. Mais quelle est sa nature ? n'est-il pas déjà puni par la loi ? s'il ne l'est pas, doit-il l'être ? comment peut-il être

[1] Cass., 19 déc. 1861, non imprimé.

défini ? Voilà les questions diverses que nous avons successivement examinées. Et d'abord quelle est sa nature, et à quel genre de faits criminels peut-il le mieux se rattacher ? Le chantage n'est pas l'escroquerie de l'art. 405. Celle-ci procède par la persuasion, par la ruse et par des manœuvres frauduleuses; elle arrive à ses fins par les illusions qu'elle fait naître, par les craintes ou par les espérances chimériques qu'elle inspire. Le chantage n'est pas la menace de l'art. 305. Celle-ci a surtout pour but d'inspirer la crainte d'une violence physique; elle peut exister sans ordre ni condition; la condition, si elle existe, n'est pas toujours de se faire remettre une somme d'argent; la cupidité n'est pas de son essence, si bien que le Code pénal l'a rangée parmi les crimes contre les personnes et non parmi les crimes contre les propriétés. Le chantage a pour objet d'arracher une somme d'argent, en influençant la volonté par la crainte d'un mal véritable et sérieux; c'est une extorsion; si le mal était craint pour la personne, ce serait une violence physique; comme il est craint pour la réputation et pour l'honneur, c'est une violence morale. Le chantage est donc une extorsion à l'aide d'une contrainte morale. Voilà son caractère; voilà le genre auquel il appartient; voilà pourquoi, s'il prend une place dans le Code pénal, c'est dans l'art. 400 que cette place est marquée. Le chantage doit-il être puni ? Nul ne le conteste, quand il procède par la menace de l'imputation d'un fait faux. On hésite, lorsqu'il agit par la menace de la révélation d'un fait vrai. En ce cas, dit-on, la personne menacée est coupable; pourquoi s'est-elle exposée ? L'extorsion dont elle est l'objet n'est que la conséquence de sa faute; quel intérêt mérite-t-elle ? à quelle protection a-t-elle droit ? L'intérêt de la société, au contraire, est que la faute soit divulguée; d'ailleurs, la protection que donnerait la loi serait inefficace, car le jour où la victime du chantage voudrait en dénoncer l'auteur, elle se ferait à elle-même le mal de publicité qu'elle voulait éviter. Ces raisonnements séduisent au premier abord, mais quand on les creuse, on les trouve plus spécieux que vrais. Sans doute, la personne coupable d'un crime ou d'une faute ne mérite pas une grande sollicitude, et cependant, en cherchant bien parmi les exemples de chantage, que de victimes intéressantes on pourrait rencontrer ? Ce n'est pas toujours à l'auteur de la faute que s'adresse l'extorsion, c'est quelquefois à sa famille, et celle-ci n'a certainement aucun tort. Ce n'est pas la personne qui est l'objet du chantage qu'il faut considérer, c'est celle qui le pratique, qui menace, qui contraint, qui extorque à l'aide du secret qu'elle possède, et qui fait dans tous les cas la plus odieuse spéculation. La diffamation ne divulgue aussi quelquefois que des faits vrais, et cependant la loi n'hésite pas à la punir sans se préoccuper de la vérité ou de la fausseté des allégations, ni de l'intérêt plus ou moins grand que la personne diffamée peut inspirer. *Veritas convicii non excusat.* « Plus il y a de vérité dans un écrit, plus cet écrit est un libelle, » disait lord Manfield. Il est bien vrai que la société a intérêt à ce que les actions coupables ne demeurent pas inconnues, mais le chantage ne les dénonce pas; loin de là, il stipule une récompense pour que le mystère qui les couvre ne soit pas mis à jour. Enfin, il ne faut pas croire que la protection de la loi soit toujours inefficace, car le plus souvent le chantage serait arrêté à son premier pas, si celui qui va le tenter était convaincu que la menace même qu'il va faire est un délit qui l'expose à une poursuite et à une condamnation. Le chantage doit donc être puni. L'est-il par les lois exis-

tantes? On s'accorde à reconnaître que le chantage qui procède par la menace de la révélation d'un fait vrai ne tombe pas sous l'application de la loi. Pour celui qui procède par la menace de l'imputation d'un fait faux, on trouve çà et là quelques monuments de jurisprudence qui l'ont considéré comme une escroquerie et qui l'ont fait rentrer sous l'application de l'art. 405. On dit, pour appuyer cette doctrine, que si l'imputation est calomnieuse, la menace est vaine et la crainte chimérique ; cependant le danger de perdre sa réputation si l'on est calomnié n'est pas toujours une chimère, la calomnie ne laisse-t-elle pas toujours quelque chose après elle? Qui oserait dire que Basile a cessé d'avoir raison? Loin de nous la pensée de critiquer les arrêts qui ont cru pouvoir juger ainsi, mais à nos yeux ils témoignent surtout de la nécessité qui a été comprise par les juges de ne pas laisser de pareils faits impunis. Mais la jurisprudence est parfois variable, et quelque autorité qui s'attache à celle dont nous parlons, elle laisse encore en dehors d'elle la menace de la révélation d'un fait vrai. Tranchons les doutes, comblons les lacunes, venons en aide à des efforts louables et n'obligeons plus les tribunaux à une interprétation délicate pour parvenir à punir un acte éminemment coupable. Toutefois, il est bien entendu que la victime d'un crime ou d'un délit qui transige sur l'exercice du droit de porter plainte ou de se porter partie civile, loin de commettre une extorsion, obtient au contraire la réparation du préjudice qui lui a été causé, et qu'en agissant ainsi elle ne fait rien qui soit illicite et de nature à tomber sous l'application de la loi. »

Cette disposition a donné lieu dans le Corps législatif à des observations qu'il est utile de recueillir :

M. Jules Favre a dit : « Je n'examine pas la question très-délicate de savoir si celui qui a eu dans sa vie une défaillance, une faiblesse, une faute cachée, est digne de la protection de la justice. Si cette question m'était posée, je la résoudrais par la négative. Mais je comprends très-bien qu'à côté de lui il se trouve des personnes tout à fait intéressantes et dignes de toute la protection sociale ; seulement, ce qui me frappe c'est qu'en créant ainsi un délit, on rendra peut-être plus obstiné et plus hardi celui qui le conçoit. Car, prenez-y garde, ce délit a pour conséquence toutes les exploitations d'un scandale qu'on craindra de faire éclater soi-même par des poursuites, qui ne peut pas voir le grand jour, ne pouvant être poursuivi sans y donner lieu. Par conséquent, celui qui commet ce délit se cachera dans l'embuscade de votre propre loi, et il se fera payer d'autant plus cher que celui à qui s'adressera la menace se trouvera en face d'un procès. Quant à moi, je crois que ce délit abaisse jusqu'à un certain point nos mœurs. Jusqu'à présent, ces sortes d'ignominies étaient écrasées par le dédain. Il n'y a pas un homme qui n'ait reçu des lettres anonymes, qui n'ait été l'objet des menaces les plus odieuses, et qui n'en ait fait justice en les jetant dans son panier et je ne sache pas que la société en ait été troublée. » (Séance du 10 avril 1863.)

L'un des commissaires du Gouvernement (M. Cordoën) a répondu : « L'art. 405 prévoit-il toutes les hypothèses auxquelles est destiné le paragraphe 2 de l'art. 400? Ma réponse est celle-ci ; c'est qu'à des délits nouveaux il faut des dispositions

nouvelles et une répression nouvelle. Les délits qui ont leur source dans la violence diminuent avec les progrès de la civilisation ; mais, par une regrettable et triste compensation, les délits qui ont leur origine et leurs moyens dans la fourberie et la ruse augmentent avec les progrès des sociétés modernes. Le mal a aussi ses progrès. Comment est née la nécessité de la disposition nouvelle ? Elle est née de ceci surtout : les détenus se connaissent tellement dans la détention commune que pour eux, à leur sortie de prison, le retour au bien a ses difficultés doublées par le voisinage de ceux qui veulent rester dans la voie du mal. Il est souvent arrivé que ceux qui voulaient replacer leur existence modeste et ignorée dans la voie de l'honnêteté et du travail en ont été empêchés par les menaces de révélation et par les extorsions pratiquées vis-à-vis d'eux par ceux qui restaient incorrigibles. Voilà l'un des cas, je dirai le cas principal pour lequel la loi a été faite. Et s'il était vrai que la loi s'appliquât à des exactions commises vis-à-vis de victimes moins intéressantes, est-ce que ce serait une raison pour s'arrêter dans cette voie ? Et depuis quand est-il vrai que l'indignité de la victime doive arrêter l'action de la loi ? Quelle est cette théorie implacable qu'on a indiquée plutôt qu'on ne l'a développée ? Cela n'est pas moins contraire à l'esprit tout entier de notre législation qu'à la morale elle-même. Est-ce que nous ne trouvons pas dans notre législation la réhabilitation écrite comme pouvant être accordée, comme pouvant être méritée par un retour sincère au bien ? Est-ce que la loi ne protége pas la femme quand elle est surprise en état d'adultère par son mari ? Est-ce que le crime commis sur sa personne, malgré son indignité, reste en dehors des prescriptions, des sévérités de la loi ? Évidemment non ; la loi ne voit pas l'indignité de la victime, elle voit la culpabilité du fait ; et la culpabilité du fait envisagée ainsi dans ses aspects les plus larges, dans sa moralité générale, appelle la juste sévérité de la loi pénale. Mais, dit-on, ce sera achever de déshonorer la victime que d'introduire une action contre celui qui se serait rendu coupable de pareilles exactions. Qu'est-ce à dire ? Est-ce que la loi prend soin de ménager les victimes d'un crime ou d'un délit ? Est-ce que la loi ne doit pas avoir un but plus élevé et des aspects plus généraux ? Est-ce que celui qui a été victime d'un vol commis à son préjudice dans une maison de débauche peut arrêter l'action de la justice parce que la publicité viendra révéler l'indignité de sa conduite ? On dit que les dispositions de l'art. 405 sont suffisantes : la Cour de cassation ne l'a pas pensé. Elle a décidé que de quelques manœuvres qu'on eût usé pour amener les extorsions, elles restaient en dehors de toute condamnation, si le péril, en vue duquel on avait consenti à abandonner une partie de sa fortune, n'était pas un péril imaginaire. Ainsi, une femme qui a eu le malheur de commettre une faute dans sa jeunesse, et qu'on menace de dénoncer à son mari, cette femme est-elle sous le coup d'un péril imaginaire ? Elle est sous le coup d'un péril sérieux, et parce qu'il est sérieux, le fait est en dehors de l'art. 405 et il demeure impuni. Quand vous aurez ajouté la tentative, est-ce que la chose sera autrement qualifiée ? la qualification restera la même. »

2132. Cette disposition, soit à raison de sa rédaction, soit à raison de la matière qui en fait l'objet, peut donner lieu à

quelques difficultés. En premier lieu, le délit peut-il être poursuivi sans une plainte de la partie lésée? En fait, c'est sur cette plainte que la poursuite sera le plus souvent exercée, car l'extorsion ou la tentative d'extorsion, secrète de sa nature, ne sera divulguée que par celui qu'elle aura lésé. Il peut arriver cependant qu'elle parvienne par une autre voie au ministère public : pourra-t-il poursuivre s'il n'est saisi d'aucune plainte? La loi n'en fait point une condition. On peut dire sans doute que l'un des dangers de l'incrimination, et c'est là probablement ce qui l'avait fait écarter jusqu'ici, est de faire peser sur la victime un mal non moins grave que sur l'agent lui-même. Mais si c'est là un motif de ne poursuivre qu'avec réserve, ce n'est pas un motif de subordonner la poursuite à cette condition. Cependant il y a dans la loi un mot qui peut faire naître des doutes sur ce point : elle définit la manœuvre qui précède l'extorsion de menace de révélations ou d'imputations *diffamatoires*. Or, si la diffamation, aux termes de l'art. 5 de la loi du 26 mai 1819, ne peut être poursuivie que sur la plainte de la partie lésée, comment les révélations ou imputations diffamatoires seraient-elles poursuivies sans cette plainte? Est-ce qu'il y aurait lieu de distinguer la diffamation constitutive d'un délit et celle qui sert d'instrument à un autre délit? Pourra-t-on poursuivre, parce qu'elle n'est pas publique, lorsque la poursuite tendra précisément à lui donner la publicité? Il est clair que la solution de cette difficulté dépend d'une appréciation de faits qui exigera autant de prudence que de sagacité.

2133. Il en est une autre plus grave : quels sont les éléments du délit? Il nous semble qu'il faut distinguer la manœuvre frauduleuse qui prépare le délit et le fait matériel qui le constitue. La manœuvre, c'est la menace écrite ou verbale de révélations ou d'imputations diffamatoires ; le fait matériel qui consomme le délit, c'est l'extorsion qui conduit à la remise d'une somme d'argent ou d'un titre obligatoire. On aperçoit aisément ces deux éléments quand le fait se consomme ; cela est plus difficile quand il s'arrête à la tentative. Car la seule menace semble suffire pour la constituer. Il faut prendre garde cependant que cette menace ne peut être incriminée, à titre

de tentative, qu'autant qu'elle a pour but l'extorsion; il ne faut donc pas la séparer de ce but qu'elle poursuit et dont elle n'est qu'un acte préparatoire ou plutôt un commencement d'exécution. Or, qu'est-ce que l'extorsion? C'est un vol qui s'accomplit à l'aide de la violence. Et comme le même mot, dans deux paragraphes du même article, ne peut avoir un sens différent, il s'ensuit que la menace doit avoir pour objet direct de voler soit une somme d'argent, soit un des titres obligatoires énumérés dans le premier paragraphe de l'art. 400. C'est là ce que lui donne son caractère et sa criminalité; de même que les manœuvres qui caractérisent l'escroquerie, elle n'est coupable, dans le sens légal, que parce qu'elle tend à se procurer la remise des valeurs pour les détourner.

Il suit de là que toutes les fois que l'agent ne menace que pour obtenir ce qui lui est dû, pour exiger ce qu'il a droit de demander, pour revendiquer l'accomplissement d'une obligation, la réparation d'une lésion, il n'y aura pas de délit, lors même qu'il annoncerait l'intention de révéler le fait sur lequel il fonde sa réclamation. Car ce qu'il demande, il a droit de le demander, et si la menace de révélation peut dans ce cas prendre quelquefois un caractère odieux, elle n'est plus incriminée puisqu'elle n'a plus pour objet l'extorsion, c'est-à-dire, la remise et l'appropriation d'une partie de la fortune d'autrui. C'est ce que le rapport reconnaît à l'égard de la personne lésée par un délit qui obtient, en menaçant de révéler ce délit à la justice, la réparation du préjudice qu'elle a souffert. Il en serait de même de toute personne qui, lésée par un fait quelconque, même non qualifié délit, menace de poursuivre si elle n'est pas indemnisée. Mais c'est le droit de l'agent, c'est son intérêt personnel qui le couvre et l'excuse : il importe peu que le fait soit vrai et honteux en lui-même, s'il ne peut être la source d'aucune action; la menace de révélation, qui ne conduit pas à une réparation, peut conduire à une extorsion. Que faudra-t-il décider si un créancier, pour se faire payer d'une dette légitime, menace de révéler les faits qui ne se rattachent pas à sa créance? S'il s'est borné à exiger ce qui lui était dû, il se sera servi d'un moyen frauduleux pour l'obtenir, mais, si ce moyen n'est pas en lui-même un délit, il n'a commis ni

tenté de commettre aucune extorsion. Cette matière se rapproche beaucoup ici celle de de l'escroquerie. (Voy. n° 2010.)

2134. Au surplus, on doit transcrire les observations pleines de sagesse que contient la circulaire du 30 mai 1863 : « Le ministère public doit se faire un devoir d'apporter dans une matière aussi délicate une réserve et des ménagements tout particuliers. Il faut éviter qu'une intervention irréfléchie vienne précipiter des révélations qu'il importerait de prévenir plus encore que de réprimer. L'intérêt privé peut avoir tout à perdre et la morale publique n'a peut-être rien à gagner à l'éclat d'un scandale prémédité. D'ailleurs, il ne faut pas exagérer la portée d'une loi dont le bienfait dépendra de la sagesse de son application. Les mots « imputations diffamatoires, » dont la jurisprudence fixera du reste l'interprétation, n'imposent pas au ministère public l'obligation de poursuivre sans examen dans tous les cas qui pourraient rentrer dans l'art. 13 de la loi du 17 mai 1819. D'un autre côté, le mot *extorsion*, impliquant la fraude et l'injustice, doit exclure des prévisions de l'art. 400, paragraphe 2, la transaction lucrative dans laquelle la victime d'un délit ou quasi-délit, aurait imposé et obtenu la réparation d'un préjudice. Tel serait le cas du mari qui, sans connivence avec sa femme, placerait le complice de l'adultère entre la nécessité d'un sacrifice pécuniaire et le scandale d'une poursuite. L'indélicatesse ou une avidité méprisable ne peuvent rendre criminelle la renonciation prévue par l'art. 4 du Code d'instruction criminelle au droit prévu par l'art. 1er du même Code.

§ VII. — *Du vol commis à l'aide d'un faux titre, d'un faux costume, ou en alléguant un faux ordre.*

2135. Les ordonnances de 1539 et du 22 juillet 1692 avaient prévu et puni les vols commis avec des masques et des déguisements. Il ne faut point voir dans le quatrième paragraphe de l'art. 381 une reproduction de ces dispositions.

Cet article, en effet, se borne à considérer comme plus grave le vol commis dans une maison, appartement, chambre ou logement habités ou servant à l'habitation, ou leurs dépen-

dances, *soit en prenant le titre d'un fonctionnaire public, ou d'un officier civil ou militaire, ou après s'être revêtu de l'uniforme ou du costume du fonctionnaire ou de l'officier, ou en alléguant un faux ordre de l'autorité civile ou militaire.*

Ce que la loi punit dans ces divers cas, c'est le moyen frauduleux d'introduction dans la maison pour consommer le vol. Voilà pourquoi la loi a mis sur la même ligne l'usurpation du titre ou du costume du fonctionnaire ou de l'officier, et l'allégation d'un faux ordre; voilà pourquoi cette espèce de faux est assimilée à l'escalade, à l'effraction, à l'usage de fausses clefs : c'est que ces différentes circonstances produisent le même effet, c'est qu'elles servent également à la consommation du vol, en fournissant un moyen d'introduction dans le lieu de sa perpétration.

2136. La première condition pour que l'usurpation de titre, d'ordre ou de costume, constitue une circonstance aggravante du vol, est donc que cette usurpation ait été employée comme moyen d'introduction dans une maison habitée ou dans ses dépendances. La combinaison de ces deux circonstances est formellement exigée par le texte du paragraphe 4 de l'art. 381; et l'orateur du Corps législatif l'expliquait en ces termes : « Il s'agit ici d'un vol commis dans une maison habitée, soit en prenant le titre d'un fonctionnaire ou officier civil ou militaire, soit après s'être revêtu de son costume ou uniforme, ou alléguant un faux ordre de l'autorité. »

La deuxième condition consiste dans le fait même de cette usurpation ou de cette allégation. M. Carnot se demande, à ce sujet, si l'aggravation serait applicable dans le cas où l'agent n'aurait pris qu'un titre ou qu'un costume qu'il avait droit de prendre. « L'art. 381, ajoute cet auteur, ne dit point que les accusés auront pris une fausse qualité, qu'ils se seront revêtus d'un uniforme, d'un faux costume; d'où l'on doit conclure qu'il suffit que, pour se procurer l'entrée d'une maison, ils s'y soient présentés sous le titre d'un fonctionnaire public ou d'un officier civil ou militaire, ou qu'ils aient été revêtus d'un costume ou uniforme, lors même qu'ils auraient eu le droit de le porter, pour que les conditions de la loi aient été rem-

plies[1]. » Cette opinion nous paraît une fausse interprétation de la loi. L'art. 381 n'a point prévu que le fonctionnaire ou l'officier se servirait lui-même de son costume ou de son titre pour commettre un vol ; ce n'est point là l'espèce qu'il a voulu ériger en circonstance aggravante ; si le fonctionnaire abuse de son autorité pour faciliter l'exécution d'un vol, il devient passible des dispositions de l'art. 198 du Code pénal. L'art. 381 a eu pour objet spécial de prévoir l'usurpation d'un faux titre ou d'un faux costume, de même que l'allégation de faux ordres. Cela résulte du texte même ; car prendre le titre ou revêtir les insignes d'un fonctionnaire public, ce n'est pas prendre son propre titre ou revêtir ses propres insignes. Cela résulte encore de l'exposé des motifs du Code, dans lequel on lit : « Il faudra donc, pour emporter la peine de mort, que le vol avec violence ait été en même temps commis la nuit, par deux ou plusieurs personnes, avec armes apparentes ou cachées, et, de plus, à l'aide d'effraction extérieure, ou d'escalade, ou de fausses clefs, ou en prenant un *faux titre*, ou un *faux costume*, ou en alléguant un *faux ordre*. »

[1] Comm. du Code pénal, t. 2, p. 267.

CHAPITRE LXXIII.

RÉUNION DE PLUSIEURS CIRCONSTANCES AGGRAVANTES.

(*Commentaire des art.* 381, 383, 384 *et* 385 *du Code pénal.*)

2137. De l'aggravation pénale résultant de la réunion de plusieurs circonstances aggravantes.

2138. Dans quels cas le Code a prévu le concours de deux ou de trois circonstances aggravantes.

2139. Réunion de quatre circonstances. Art. 385 rectifié par la loi du 13 mai 1863.

2140. Réunion de cinq circonstances aggravantes (art. 381).

2141. De la peine appliquée au vol commis avec ces cinq circonstances.

2142. Aucune aggravation ne peut résulter d'une circonstance quelconque si la loi ne l'a pas formellement prononcée.

2143. Chaque circonstance, lorsqu'elle est réunie, doit présenter les mêmes caractères que lorsqu'elle est isolée.

2137. Nous avons successivement examiné les diverses circonstances dans lesquelles le vol puise une aggravation. Nous avons vu que cette aggravation résulte tantôt de la qualité de l'agent, tantôt du temps ou du lieu de la perpétration du délit, tantôt enfin des faits qui accompagnent son exécution ; nous avons assigné à chacun de ces éléments son caractère légal, et recherché les conséquences que la loi y a attachées.

Ces circonstances ne sont pas toujours isolées les unes des autres ; elles se rapprochent ; elles se combinent ; dans certains cas même elles sont nécessairement liées entre elles. C'est ainsi que la nuit n'est une circonstance du vol que lorsqu'elle se réunit à la complicité ; c'est ainsi que l'escalade, l'effraction, l'usage des fausses clefs, l'usurpation d'un faux costume ou d'un faux titre, ne produisent le même effet que lorsque ces

circonstances sont mises en jeu pour pénétrer dans une maison habitée ou dans les dépendances de cette maison. Dans ces diverses hypothèses, le vol ne change de caractère et ne prend la qualification de crime que lorsqu'il est accompagné de deux circonstances aggravantes.

2138. Une seule circonstance suffit pour imprimer au vol la qualification de crime dans les cas suivants : — à raison de la qualité de l'agent, dans les cas prévus par les nos 3 et 4 de l'art. 386 ; — si l'agent était porteur d'armes apparentes ou cachées (art. 386, n° 2); — si le vol a été commis à l'aide de violence (art. 382), — s'il a été commis sur un chemin public (art. 383, § 3), — s'il a été commis avec une seule des circonstances prévues par le n° 4 de l'art. 381.

La réunion de deux circonstances motive également une aggravation dans les cas suivants : — si la violence est accompagnée de coups, de blessures ou de contusions (art. 382, 2e §), si le vol sur le chemin public a été commis avec une de ces circonstances énumérées par l'art. 381 ; — si le vol a été commis soit la nuit par deux personnes, soit avec l'une de ces circonstances, mais dans un lieu habité (art. 381, n° 1).

La réunion de trois circonstances donne lieu à une aggravation plus forte dans les trois cas suivants : — lorsque le vol sur un chemin public a été commis avec deux des circonstances prévues dans l'art. 381 (art. 383); — lorsque le vol a été commis la nuit, dans une maison habitée et par deux ou plusieurs personnes (art. 385), — lorsqu'il a été commis avec deux de ces circonstances et en outre avec port d'armes (article 385, § 4).

2139. L'art. 385, rectifié par la loi du 13 mai 1863, offre l'espèce d'un vol commis avec quatre circonstances aggravantes. Cet article, dans lequel la circonstance de la violence a été effacée, a été modifié dans les termes suivants :

« Ce retranchement (de la violence), dit l'exposé des motifs, n'est pas la seule modification opérée sur l'art. 385. On a combiné sa rédaction nouvelle, de manière à lui faire atteindre une variété de vol devenue malheureusement assez commune, et qui menace gravement la sûreté des personnes : c'est le vol commis pendant la nuit et dans une maison habitée par un seul individu porteur d'armes apparentes ou cachées. L'assimilation de l'édifice consacré au culte à la maison habitée comme

circonstance aggravante, existe déjà dans l'art. 386. » Le rapport répète : « L'article 385 sera désormais muet sur la violence ; mais combinant autrement les autres circonstances aggravantes qui y sont prévues, il arrive à punir de la peine des travaux forcés à temps le vol commis pendant la nuit dans une maison habitée par un seul individu porteur d'armes apparentes ou cachées. De plus se conformant à l'exemple donné par l'art. 366, il assimile l'édifice consacré au culte à la maison habitée. »

Art. 385. Sera également puni de la peine des travaux forcés à temps, tout individu coupable de vol commis avec deux des trois circonstances suivantes : — 1° si le vol a été commis la nuit ; — 2° s'il a été commis dans une maison habitée ou dans un des édifices consacrés aux cultes légalement établis en France ; — 3° s'il a été commis par deux ou plusieurs personnes ; — et si, en outre, le coupable ou l'un des coupables était porteur d'armes apparentes ou cachées.

L'ancien art. 385 prononçait la peine des travaux forcés à temps, hors les cas de violence, lorsque le vol avait été commis pendant la nuit, par deux ou plusieurs personnes, avec port d'armes apparentes ou cachées. L'effet de la modification apportée au texte de cet article a été d'attribuer au fait de la maison habitée la même gravité qu'au fait de la réunion de deux ou plusieurs personnes. Un seul individu, porteur d'armes apparentes ou cachées, qui aura commis un vol de nuit dans une maison habitée devient dès lors passible de cette peine.

Dans ces trois hypothèses, la présence d'une quatrième circonstance, quelle qu'elle fût, n'aurait point pour effet d'aggraver le crime ; elle pourrait seulement déterminer le choix entre la peine motivée par les trois premières circonstances et celle qu'entraînerait la quatrième réunie à deux des premières, si la loi a prévu cette réunion et établi la peine qu'elle comporte.

2140. Le Code n'a pas porté sa prévoyance au delà de la réunion de cinq circonstances. Ces circonstances sont déterminées par l'art. 381, ainsi conçu : « Seront punis des travaux forcés à perpétuité les individus coupables de vols commis avec la réunion des cinq circonstances suivantes : 1° s'il a été commis la nuit ; 2° s'il a été commis par deux ou plusieurs personnes ; 3° si les coupables ou l'un d'eux étaient porteurs d'armes apparentes ou cachées ; 4° s'ils ont commis le crime soit à l'aide d'effraction extérieure ou d'escalade, ou de fausses clefs, dans une maison, chambre ou logement habité ou servant à l'habi-

tation, ou leurs dépendances, soit en prenant le titre d'un fonctionnaire public ou d'un officier civil ou militaire, ou après s'être revêtus de l'uniforme ou du costume du fonctionnaire ou de l'officier, ou en alléguant un faux ordre de l'autorité civile ou militaire ; 5o s'ils ont commis le crime avec violence ou menace de faire usage de leurs armes. »

2141. Le Code de 1791 avait établi une sorte de tarif pour la répression des circonstances aggravantes du vol : la durée de la peine était augmentée de deux années par chacune de ces circonstances qui se trouvait réunie au crime. Le concours des cinq circonstances mentionnées dans l'art. 381 du Code pénal entraînait une peine de dix-huit ans de fers[1]. Cette peine parut insuffisante à une époque où, par suite des troubles civils, les brigandages et les violences s'étaient multipliés. La loi du 26 floréal an v, fondée sur ce que « le moyen le plus efficace d'arrêter les brigandages qui se commettent dans différentes parties des territoires de la république, est d'appliquer à des délits aussi graves les peines les plus sévères, déclare que les vols commis dans les maisons habitées seront punis de mort : « si les coupables s'étaient introduits dans la maison par la force des armes ; 2° s'ils avaient fait usage de leurs armes dans l'intérieur de la maison contre ceux qui s'y trouvaient ; 3o si les violences avaient laissé des traces, telles que blessures, brûlures ou contusions. »

En présence de ces dispositions sévères, le législateur de 1810 crut devoir inscrire dans l'art. 381 la peine de mort : « Suivant le nouveau Code, disait l'exposé des motifs, le vol avec violence n'emportera la peine de mort que lorsqu'il aura été commis avec une réunion de circonstances qui lui donnent un caractère si alarmant que le crime doit être mis au même rang que l'assassinat. » La loi du 28 avril 1832 a remplacé cette peine par celle des travaux forcés perpétuels. L'exposé des motifs de cette loi n'a donné qu'une seule raison de cette modification. « La loi qui punit de mort le vol accompagné de la réunion de plusieurs circonstances ag-

[1] V. les art. 2, 3, 6 et 7 de la sect. 2 du livre 4 de la 2e partie du Code de 1791.

gravantes de meurtre fait courir un danger de plus à celui dont la propriété seule est attaquée : le coupable, n'ayant pas une plus grande peine à redouter, pourra donner la mort pour se débarrasser d'un témoin. » Cette raison, déjà alléguée par Montesquieu et par Beccaria, pour ne pas punir de la peine de mort les attentats contre la propriété, n'est pas la plus puissante ; si la peine de mort peut être maintenue, c'est en l'appliquant dans les cas seulement où la vie des personnes est l'objet de l'attentat. Mais lorsque le crime n'est dirigé que contre les propriétés, la peine de mort est hors de proportion avec sa gravité, à moins que l'assassinat n'ait été employé comme moyen d'exécution.

2142. Deux règles doivent présider à la distribution des peines, lorsque le vol est accompagné de plusieurs circonstances aggravantes.

La première est que la présence d'une circonstance même reconnue aggravante par la loi ne peut motiver une aggravation de la peine qu'autant que cette aggravation est formellement prononcée et formulée par le Code. Ainsi le vol commis à l'aide de violence, pendant la nuit, par deux personnes, ne sera puni, aux termes de l'art. 382, que des travaux forcés à temps, lors même que l'un des agents aurait en même temps la qualité de domestique de la victime. Ainsi le vol commis la nuit, par plusieurs personnes, avec port d'armes, ne sera passible également, aux termes de l'art. 385, que des travaux forcés à temps, lors même que ce vol aurait été de plus exécuté avec escalade et dans une maison habitée. Il ne suffit pas, en effet, que la loi pénale ait reconnu dans un fait un principe d'aggravation, pour que la peine doive subir immédiatement son influence ; il faut qu'elle tire elle-même la conséquence de son principe, et qu'elle spécifie la gradation que la constatation de ce fait, dans telles ou telles circonstances, peut imprimer à la peine. Il est donc des cas où une circonstance aggravante, quand elle est réunie à certaines circonstances, devient indifférente, soit parce que la criminalité qui y est attachée se confond dans une criminalité plus forte, soit parce que cette criminalité s'efface dans l'espèce particulière du crime. La règle la plus sûre est de suivre la lettre même de la loi : aucune peine ne peut être prononcée qu'elle ne soit prévue pour le cas même où elle est appli-

quée. Il faut donc se garder, en groupant des circonstances, de chercher à atteindre un degré plus élevé de la peine, si le Code n'a pas positivement prévu la réunion même des circonstances constatées.

2143. La deuxième règle est que chaque circonstance, lorsqu'elle est réunie à d'autres circonstances aggravantes, comme lorsqu'elle est isolée, doit conserver son caractère propre et les conditions de son incrimination. Cette règle est évidente, car la réunion de ces faits ne modifie nullement leur caractère. Il est donc nécessaire d'examiner successivement, dans le vol qui fait l'objet de l'art. 381, si chacun de ces éléments réunit les conditions exigées par la loi. La Cour de cassation a consacré expressément cette doctrine, en annulant un arrêt qui avait fait l'application de l'art. 381, sans constater par quelle voie l'introduction avait eu lieu dans la maison habitée où le vol avait été commis. Cette cour déclare : « qu'aux termes de l'art. 381, le fait que le vol aurait eu lieu dans une maison habitée ne suffit pas pour constituer l'une des cinq circonstances aggravantes dont la réunion entraîne la peine des travaux forcés à perpétuité : que cet article exige, en outre, l'introduction par l'une de ces voies, ou l'effraction extérieure, l'escalade, l'usage de fausses clefs, ou l'usurpation d'une qualité ou d'un costume appartenant à un officier public, ou enfin l'allegation mensongère d'un ordre de l'autorité civile ou militaire ; que, dans l'espèce, la circonstance de la maison habitée, dont la solution affirmative a déterminé l'application de la peine, n'est accompagnée d'aucun de ces moyens d'introduction qui caractérisent au plus haut degré la violation du domicile [1]. »

C'est à la lueur de ces deux principes que les art, 381, 382, 383, 385 et 386 doivent être interprétés : les dispositions de ces articles sont d'ailleurs claires et précises, et nos observations, qui ont eu surtout pour but de mettre en lumière la pensée qui les a dictées et les règles qui les dominent, nous semblent suffisantes pour leur application.

[1] Cass., 4 fév. 1836, Bull. n. 41.

CHAPITRE LXXIV.

DE LA BANQUEROUTE SIMPLE ET FRAUDULEUSE.

(*Commentaire des art.* 402, 403 *et* 404 *du C. pén.*)

2144. Définition de la banqueroute. Elle est simple ou frauduleuse.
2145. Nul ne peut être déclaré coupable de banqueroute s'il n'est commerçant.
2146. Cette condition n'était pas rigoureusement imposée dans l'ancien droit.
2147. Elle est impérieusement prescrite par la législation actuelle.
2148. Elle est consacrée par la jurisprudence.
2149. Cette qualité est-elle suffisamment constatée par des énonciations équipollentes ?
2150. Ce qu'il faut entendre par commerçant.
2151. Nul ne peut, en deuxième lieu, être déclaré coupable de banqueroute, s'il n'est en état de faillite.
2152. La poursuite peut-elle être exercée si la faillite n'a pas été déclarée par le tribunal de commerce ?
2153. Le fait de la faillite n'est point une question préjudicielle qui doive être renvoyée à la juridiction commerciale.
2154. Les jugements et arrêts intervenus au civil ne font pas obstacle à l'appréciation des faits au criminel.
2155. L'homologation du concordat et la déclaration que le failli est excusable ne sont pas des obstacles à l'exercice de l'action publique.
2156. Faits caractéristiques de la banqueroute simple ou frauduleuse.

§ 1er. — *De la banqueroute simple.*

2157. Distinctions des faits de banqueroute simple qui rendent la poursuite obligatoire ou facultative.
2158. La fraude n'est pas essentielle à l'existence de la banqueroute simple : une faute grave suffit.
2159. Mais il faut que cette faute soit constatée. Il ne suffit pas de constater les faits matériels.
2160. Mais la fraude, si elle est constatée, ne change pas le caractère du délit.
2161. Cas de banqueroute simple énumérés par l'art. 585 du Code de commerce.
2162. Cas où les dépenses personnelles et de maison sont excessives.

2163. Emploi de fortes sommes à des opérations de hasard.
2164. Emprunts et reventes à perte.
2165. Paiement fait à un créancier au préjudice de la masse et après la cessation des paiements.
2166. Cas de banqueroute simple prévus par l'article 586. Motifs du 2e § de cet article.
2167. Le failli qui n'a pas exécuté les conditions du concordat peut-il, pour ce seul fait, être poursuivi pour banqueroute simple?
2168. Omission de la publication du contrat de mariage et irrégularités dans la tenue des livres.
2169. La banqueroute simple n'admet pas de complices. Jurisprudence sur ce point.
2170. Examen de cette jurisprudence.

§ II. — *De la banqueroute frauduleuse.*

2171. Éléments de la banqueroute frauduleuse : constatation de la fraude.
2172. Si la constatation de la fraude peut être suppléée par des équivalents.
2173. Faits constitutifs du crime.
2174. Supposition de dettes passives et collusoires.
2175. Faits de fraude postérieurs à la faillite.
2176. Les faits énumérés par l'art. 592 du Code de commerce sont restrictifs.
2177. Ils doivent être constatés dans la déclaration du jury.
2178. De la tentative de la banqueroute simple et frauduleuse.
2179. Peines de la banqueroute frauduleuse.
2180. Des complices de la banqueroute frauduleuse avant la loi du 28 mai 1838.
2181. De l'application de l'art. 60 du Code pénal faite par cette loi aux complices.
2182. Trois faits spéciaux de complicité que cette loi fait en outre peser sur les tiers, indépendamment de tout lien de complicité générale.
2183. Il est nécessaire, pour constituer le délit de détournement commis par un tiers, que ce détournement ait été commis *dans l'intérêt du failli.*
2184. La supposition de créances, pour rentrer dans les termes du n° 2 de l'article 593 du Code de commerce, doit également avoir lieu dans l'intérêt du failli.
2185. Caractères du délit de commerce fait sous le nom d'un tiers (art. 593, n° 3).
2186. Exception aux règles précédentes à l'égard des détournements commis par les conjoints, ascendants et descendants du failli (art. 594 du Code de commerce).
2187. Malversations du syndic et stipulations faites par un créancier pour prix de son vote à l'assemblée des créanciers (art. 596 et 597, Code com.).
2188. La qualité d'agent de change est une circonstance aggravante de la banqueroute simple ou frauduleuse.

2144. La faillite, qui n'est que la suspension qu'un commerçant a faite de ses payements, n'est point un délit, car elle ne suppose aucune faute grave imputable à son auteur. La loi n'y a vu qu'une infortune que l'homme le plus probe et le plus prévoyant ne peut pas toujours éviter. Les chances hasardeuses du commerce l'excusent; sa bonne foi le couvre et le protége.

Mais la faillite cesse d'être à l'abri de toute incrimination, dès qu'une faute grave peut être imputée à son auteur. La loi pénale la punit alors sous le nom de banqueroute.

La banqueroute est l'état du commerçant failli auquel on peut imputer soit des actes d'imprudence ou de négligence, soit des actes de fraude.

Elle est *simple* ou *frauduleuse :* simple, quand elle n'est que le résultat de la négligence et de l'imprudence; frauduleuse, quand elle a été préparée par la mauvaise foi et la fraude.

La loi a précisé les faits qui caractérisent l'une et l'autre banqueroute, et nous examinerons plus loin les différences qui les séparent.

2145. Il est nécessaire d'établir, en premier lieu, les deux éléments essentiels de toute banqueroute, qu'elle soit simple ou frauduleuse.

Ces deux éléments sont: 1° la qualité de *commerçant* du prévenu; 2° le fait de sa *faillite.*

Nul individu ne peut être déclaré coupable de banqueroute, s'il n'est à la fois déclaré commerçant. En effet, l'art. 402 du Code pénal porte que « ceux qui, *dans les cas prévus par le Code de commerce*, seront déclarés coupables de banqueroute, seront punis..., etc. » Or les art. 585, 586 et 591 du Code de commerce, qui énumèrent les cas de banqueroute simple ou frauduleuse, ne s'occupent que des commerçants, et supposent essentiellement cette qualité dans le prévenu : *Sera déclaré banqueroutier tout commerçant failli...* » Cette qualité est donc un élément nécessaire du délit. On ne saurait douter, d'ailleurs, que tel est l'esprit de la loi. L'article 402 portait, dans le projet du Code pénal : « Tout négociant, marchand, commerçant... qui, dans les cas déterminés par la loi, se sera rendu coupable de banqueroute... » M. de Ségur fit remarquer, dans le sein du conseil d'Etat, que cet article apparte-

nait au Code de commerce. M. Treilhard répondit qu'il en était littéralement copié. M. Cambacérès fut d'avis qu'on devait se borner à renvoyer à ce Code, et cet amendement fut adopté [1]. D'ailleurs, comment une personne non commerçante pourrait-elle se rendre coupable de banqueroute? Quels sont les faits constitutifs de ce délit? Sera-t-elle déclarée coupable pour n'avoir pas tenu de livres et n'avoir pas fait inventaire? Quelle loi l'oblige à tenir des livres et à faire inventaire? Pour avoir fait des achats afin de revendre au-dessous du cours? Mais n'est-ce pas là un acte essentiellement commercial? Pour avoir détourné ou dissimulé une partie de son actif? Mais dans un particulier non commerçant, la simulation même frauduleuse n'est pas un délit, et le détournement même des effets d'autrui ne constitue qu'un simple abus de confiance.

2146. Néanmoins M. Merlin [2], et, après lui, M. Legraverend [3], ont soutenu que l'individu non commerçant qui se trouve en déconfiture, soit par suite d'opérations étrangères au commerce, soit par suite d'une ou de plusieurs opérations commerciales, peut être poursuivi comme coupable de banqueroute frauduleuse, s'il a commis les faits de fraude prévus par l'art. 591. Les principaux motifs de cette opinion sont: que, dans l'ancien droit, les ordonnances prescrivent d'informer contre les banqueroutiers et débiteurs, *de quelque état, qualité et condition qu'ils soient* (Edit de mai 1609); que le Code de commerce n'a établi un droit nouveau que relativement aux banqueroutes simples; que les commerçants peuvent seuls être punis à raison de ce délit, parce qu'il porte sur des faits que seuls ils peuvent commettre; mais qu'il n'en est pas de même à l'égard des banqueroutes frauduleuses; que le législateur n'a fait que reprendre sur ce sujet les dispositions des anciennes ordonnances, qui ne faisaient aucune distinction entre les personnes qui s'en rendaient coupables; que, d'ailleurs, l'art. 402 du Code pénal commence par les termes généraux *ceux qui*, et non pas les expressions limitatives les *commerçants*;

1 Procès-verbaux du Conseil d'Etat, séance du 3 déc. 1808.
2 Rép., v° Faillite, § 2, art. 4.
3 Législ. crim., t. 1er, p. 11.

que l'art. 591 du Code de commerce n'exclut pas les non-commerçants de ses dispositions ; que cela résulte enfin de l'art. 905 du Code de procédure civile qui repousse du bénéfice de cession de biens les banqueroutiers frauduleux, disposition qui ne concerne que les non-commerçants, puisque l'art. 906 déclare qu'elle n'est pas applicable aux commerçants. Ces différents motifs n'ont aucune solidité. Nous reconnaissons que, dans l'ancienne législation, la distinction qui, en cette matière, sépare les commerçants et les non-commerçants n'était pas clairement établie : l'ordonnance du commerce de mars 1673, la déclaration du 13 juin 1716, celles du 3 mai 1722 et du 13 septembre 1739, se servent généralement de ces expressions : *tous négociants*, *marchands*, *banquiers et autres*..... Toutefois, il y a lieu de penser que ces ordonnances n'entendaient comprendre dans cette dernière expression que ceux qui se livraient habituellement à des actes de commerce. Muyart de Vouglans dit à cet égard : « Ce crime qui tire son nom des *banquiers*, parce que c'est contre ceux de cet état qui malversaient dans leurs fonctions qu'ont été rendues les premières lois, a été étendu généralement à *tous marchands*, *négociants*, même gens d'affaires, qui, après avoir emprunté de l'argent, ont acheté des marchandises à crédit, ou qui après avoir dissipé les biens dont l'administration leur était confiée, prennent la fuite et emportent leurs meilleurs effets, en fraude de leurs créanciers [1]. »

2147. Mais si le sens des ordonnances et de l'ancienne jurisprudence est douteux, notre droit nouveau ne peut en subir aucune influence. Il ne s'agit point ici d'une règle doctrinale qui, puisée dans le droit commun, domine la législation ; il s'agit d'une disposition spéciale que le législateur a pu modifier, et qui appartient même à une branche du droit qu'il a complétement remaniée. Toute la question est dans les textes du Code de commerce.

En effet, où chercher les éléments de la banqueroute, si ce n'est dans ces textes ? Comment invoquer le droit commun en présence d'un droit spécial ? Et quel serait ce droit commun ?

[1] Lois crim., p. 331.

L'art. 402 du Code pénal ne punit les coupables de banqueroute que *dans les cas prévus par le Code de commerce*; il se réfère donc à ce Code en ce qui concerne les éléments du délit. Or, dans le système du Code de commerce, la banqueroute n'est que la fraude ou l'imprudence qui ont accompagné la faillite d'un commerçant; elle constitue un délit essentiellement commercial; la qualité de commerçant est l'un de ses éléments essentiels; imputer ce délit à un individu non commerçant, ce serait donc punir un délit dénué de l'une de ses conditions légales d'incrimination. Ensuite il faut remarquer que les faits constitutifs de la banqueroute ne sont incriminés dans le cas de banqueroute simple, et ne sont punis d'une peine afflictive ou infamante dans le cas de banqueroute frauduleuse, qu'à raison de la qualité même du prévenn : en effet, les faits de la banqueroute simple ne peuvent être, par leur nature même, imputés qu'à un commerçant; ce sont, pour la plupart, des infractions à des devoirs spéciaux que la loi n'a imposés qu'à ceux qui font métier du commerce ; aussi M. Legraverend est-il forcé d'admettre que cette qualité est une condition nécessaire de la banqueroute simple. Mais alors on arrive à cette première conséquence, que la qualité de commerçant serait un élément de la banqueroute simple, et non de la banqueroute frauduleuse: or, si ces deux faits diffèrent par leur gravité, ne dérivent-ils pas de la même origine, ne sont-ils pas soumis aux mêmes règles ? En second lieu, quelques-uns des faits constitutifs de la banqueroute frauduleuse ne peuvent également être commis que par des commerçants; telle est la soustraction des livres de commerce ; les autres sont des détournements et des fraudes qui, commis par des non-commerçants, peuvent constituer des abus de confiance ou des escroqueries, mais qui ne prennent le caractère plus grave de la banqueroute frauduleuse qu'à raison même de cette qualité de commerçant : ce délit s'aggrave, en effet, de toute la confiance presque nécessaire que ce titre commande et que la célérité des opérations entraîne.

Enfin, l'argument emprunté à l'art. 905 du Code de procédure civile est sans portée. Cet article, qui exclut les banqueroutiers frauduleux du bénéfice de cession, est, à la vérité,

textuellement reproduit par l'art. 541 du Code de commerce. Quel est le motif de cette reproduction ? C'est que cette disposition, appartenant à la fois aux deux matières, a dû figurer dans les deux Codes. M. Legraverend a pensé, au contraire, que cette double disposition s'appliquait à deux classes de banqueroutiers frauduleux, civils et commerçants ; mais aucun texte, aucune expression n'appuie cette supposition ; et si l'art. 906 déclare qu'il n'est rien innové par le Code de procédure civile, en ce qui touche le bénéfice de cession, aux usages de commerce, il ne suit point de là que l'art 905 soit étranger aux commerçants ; il en résulte seulement que cet article est en parfaite harmonie avec l'art. 541 du Code de commerce.

2148. Cette interprétation, au surplus, a constamment été consacrée par la jurisprudence. Ainsi la Cour de cassation a déclaré à diverses reprises : « que la banqueroute frauduleuse ou simple est un crime ou délit spécial qui ne peut être commis que par des personnes commerçantes[1] ; » — « que nul ne peut commettre le crime de banqueroute, s'il n'est commerçant ; qu'ainsi la première chose à rechercher dans une accusation de banqueroute, c'est si l'individu est réellement commerçant[2] ; » — « que nul ne peut être déclaré banqueroutier frauduleux et puni comme tel, s'il n'est négociant ou commerçant[3]. » D'où la conséquence qu'un mineur qui n'a pas été autorisé à faire le commerce ne peut être poursuivi pour crime de banqueroute : « attendu que la banqueroute frauduleuse ou simple constitue des crimes et délits d'une nature spéciale distincts des autres crimes et délits prévus par le Code pénal, et dont les commerçants faillis peuvent seuls être déclarés coupables ; qu'il résulte de son acte de naissance et de l'arrêt de la Cour impériale d'Amiens que Charles Suize, mineur au moment de l'ouverture de la faillite, et n'ayant pas reçu l'autorisation de se livrer au commerce, n'avait point la qualité

1 Cass., 2 déc. 1820, S.27.1.209.

2 Cass., 13 nov. 1827, S.28.1.188.

3 Cass., 20 sept. 1838, Journ. du dr. crim., t. 11, p. 152. V. dans le même sens, Cass., 16 sept. 1830, Journ. du dr. crim., t. 3, p. 21 ; 3 fév. 1831, *ibid.*, p. 21 ; et 4 mai 1842, Bull. n. 108 ; 18 oct. 1842, Bull. n. 282 ; 26 avril 1844, Bull. n. 155.

de commerçant et n'a pu dès lors être renvoyé devant la Cour d'assises comme accusé de banqueroute frauduleuse[1]. »

2149. Mais cette qualité de commerçant peut être suffisamment constatée par des énonciations équipollentes et qui la supposent nécessairement. Il a été admis, dans une espèce où le jugement qui avait prononcé sur la banqueroute simple avait omis de déclarer que le prévenu était négociant failli, que cette omission était suppléée, « parce qu'il ressort de la teneur du jugement qu'il était négociant ; que, dans les trois jours de la cessation de ses payements, il n'a pas fait au greffe la déclaration exigée par les art. 438 et 439 du Code de commerce, et dont l'omission ne pouvait lui être reprochée qu'à ce titre ; que ses registres n'offraient pas sa véritable situation active et passive, et qu'il n'a pas fait exactement inventaire ; que ces diverses énonciations équivalent à la mention formelle de la qualité de négociant failli, laquelle n'a rien de sacramentel[2]. »

2150. Cette première règle établie, ici se présente cette question : qu'est-ce qu'un commerçant ? L'art. 1er du Code de commerce contient cette définition : « Sont commerçants ceux qui exercent le commerce et qui en font leur profession habituelle. » Deux conditions concourent donc à produire cette qualité : le caractère commercial des actes, et l'habitude de se livrer à des actes de cette nature. Ainsi un acte ou quelques actes isolés ne suffisent pas pour rendre commerçant, quoiqu'ils puissent être attribués à la juridiction commerciale ; c'est la profession habituelle du commerce qui seule peut donner ce titre ; et la profession habituelle, suivant M. Pardessus, c'est un exercice assez fréquent et assez suivi pour constituer en quelque sorte une existence sociale[3]. Les négociants, les marchands, les fabricants, les artisans entrepreneurs d'ouvrages, tous ceux qui ouvrent un établissement de commerce, une boutique, un lieu de débit, rentrent dans la catégorie des commerçants. Quelles que soient les fonctions ou les professions de ceux qui font habituellement des actes de commerce, ils peuvent être

[1] Cass., 17 mars 1853, Bull. n. 93.
[2] Cass., 19 sept. 1844, Bull. n. 322, 7 déc. 1866, Bull. n. 254.
[3] Droit commercial, n. 78.

déclarés en faillite. Les espèces, toutefois, où des doutes se sont élevés sur l'application de cette qualification sont nombreuses, et nous n'entreprenderons point de les parcourir. Cet examen rentre plus particulièrement dans les études du droit commercial. Il nous suffit de poser le principe : en droit pénal, son application est laissée au jury. La qualité de commerçant du prévenu de banqueroute est un élément du délit ou du crime, et par conséquent une question de fait.

2151. Le deuxième élément de la banqueroute est *l'état de faillite* du prévenu. En effet, il ne peut exister de banqueroute sans une faillite : la banqueroute n'est autre chose que la faillite entachée d'imprudence ou de fraude. Les art. 585, 586 et 591 du Code de commerce posent en conséquence, comme une condition nécessaire du crime ou du délit, que le banqueroutier simple ou frauduleux est *commerçant failli*.

La faillite est la cessation des paiements du commerçant (article 437 du Code de commerce). La loi ne s'informe pas, pour déclarer cet état, si l'insolvabilité est réelle ou fictive ; elle le répute insolvable par cela seul qu'il ne paie pas : c'est ce fait qui détermine l'état de faillite.

Avant la loi du 28 mai 1838 sur les faillites et banqueroutes, le Code indiquait, comme symptômes de la cessation de paiements certaines circonstances, telles que la retraite du débiteur, la fermeture de ses magasins, les actes constatant le refus de payer ses engagements de commerce. Cette énumération a été supprimée par la loi nouvelle : « Le système de la commission, a dit le rapporteur, a été d'exiger, pour constituer la faillite, ce qu'on appelle la cessation de paiements, c'est-à-dire de ne plus s'attacher à un fait isolé, tel qu'un ou deux protêts, tel même que la clôture d'un magasin, qui pourrait tromper sur l'intention et le sens dans lequel cette circonstance aurait eu lieu ; mais d'exiger un ensemble de circonstances, une inexécution générale des engagements. » C'est donc l'inexécution des engagements du débiteur, la cessation de ses paiements qui constituent la faillite.

Le failli est tenu, dans les trois jours de la cessation de ses paiements, d'en faire la déclaration au greffe du tribunal de commerce. La faillite est déclarée par jugement de ce tribunal,

qui détermine l'époque à laquelle a eu lieu la cessation des paiements (art. 438, 448 et 441, Code de commerce). Ces formes sont prescrites pour toute faillite.

2152. Mais si elles n'ont pas été observées, si la faillite n'a pas été dénoncée, si le tribunal de commerce ne l'a pas déclarée, la poursuite en banqueroute peut-elle être exercée ? Cette question ne peut être l'objet de doutes sérieux. L'action publique et l'action civile sont indépendantes l'une de l'autre ; elles marchent sur une ligne parallèle sans s'entraver mutuellement, si ce n'est dans le cas où la loi a formellement prévu leur influence l'une sur l'autre. Or aucune disposition soit de la loi pénale, soit de la loi commerciale, n'a subordonné l'exercice de l'action publique à l'action civile des créanciers, à la plainte des syndics, à la déclaration de la faillite. Les art. 584 et 587 du Code de commerce déclarent, au contraire, que la banqueroute peut être poursuivie soit sur la plainte des créanciers ou des syndics, soit d'office par le ministère public. La poursuite du ministère public n'est donc soumise à aucune condition ; en cette matière comme en toute autre, il peut agir dès qu'il reconnaît les éléments du délit ou du crime. Si l'on admettait que son action est subordonnée à la déclaration de la faillite, il s'ensuivrait que l'action publique, en ce qui concerne la poursuite de la banqueroute, se trouverait placée entre les mains des créanciers ; car le ministère public n'est point partie devant le tribunal de commerce : ce tribunal n'est saisi que par les parties privées, à moins qu'il ne prononce lui-même d'office la faillite dont il a connaissance. La répression d'un crime grave serait donc soumise aux hésitations, aux intérêts des parties, ou à la négligence d'un tribunal de commerce ; un oubli, une transaction l'enchaîneraient ; la connivence des créanciers et du débiteur pourrait assurer son impunité : il est impossible d'admettre une semblable exception au droit commun, sans qu'elle soit énoncée dans la loi [1]. Au surplus, il est superflu d'insister sur un point sur lequel la jurisprudence n'a jamais varié. La Cour de cassation a reconnu,

[1] V. en sens contraire le Traité du contrat de commission, par Delamarre et Le Poitvin, t. 5, p. 203 ; et conf. notre Traité de l'instr. crim., t. VI, n. 2914, p. 650.

par un grand nombre d'arrêts intervenus sur cette question : « que l'action publique est essentiellement indépendante de l'action privée, hors le cas où la loi peut avoir expressément ordonné une disposition contraire; que la juridiction des tribunaux de commerce ne peut être saisie que par les parties privées; que si l'engagement de ces tribunaux sur le fait de la faillite était un préalable nécessaire à l'exercice de l'action publique sur le fait de la banqueroute, il s'ensuivrait que l'exercice de cette action serait soumis à l'arbitraire des intérêts privés, ce qui serait directement contraire à la loi[1]. »

2153. Cette règle posée, plusieurs conséquences en découlent naturellement. Il en résulte évidemment, en premier lieu, que le fait de la faillite ne forme point une question préjudicielle qui doive être renvoyée à la juridiction commerciale. Il n'y a point ici, en effet, d'interprétation d'acte ou de question d'état dont les tribunaux civils puissent seuls connaître : la faillite n'est qu'un fait, le fait de la cessation de paiements ; ce n'est pas le jugement du tribunal de commerce qui constitue le commerçant en faillite, il ne fait que constater qu'il s'y trouve[2]. La juridiction criminelle est donc compétente pour constater ce fait, dès qu'il devient un élément d'un délit ou d'un crime; car elle est compétente pour examiner et apprécier tous les faits, tous les actes constitutifs des délits qu'elle juge. La Cour de cassation a déclaré, en confirmant cette doctrine : « que la qualité de négociant failli n'est pas une de ces questions préjudicielles dont le jugement est exclusivement dévolu aux tribunaux civils; qu'elle doit être examinée et jugée par les jurés, dans son rapport avec les faits de fraude dont la qualification légale est subordonnée à son existence[3]. » Un autre arrêt décide avec plus de netteté encore, dans une espèce où il avait été souverainement reconnu par un arrêt civil que l'accusé n'était pas

[1] Cass., 7 nov. 1811, S.11.1.371, et 15 avril 1825, S.26.1.96 ; 1er sept. 1827, Bull. n. 234 ; 22 janv. 1831, Journ. du dr. crim., 1831, p. 181 ; 11 août 1837, Dall.38.1.26 ; 22 mai 1846, Bull. n. 125 ; 17 mars 1853, Bull. n. 93 ; 6 mars 1857, Bull. n. 97.

[2] Pardessus, t. 4 ; Legraverend, t. 1er, p. 24. Discussion de la loi du 28 mai 1838, Moniteur du 28 mars 1838 ; et notre Traité de l'instr. crim., t. 6, p. 326.

[3] Cass., 3 oct. 1839, Journ. du dr. crim., 1840, p. 186.

en état de faillite : «qu'il est de principe général et de droit public en France que les juridictions civile et criminelle sont indépendantes l'une de l'autre ; que ce principe est fondé sur ce motif que les décisions civiles ne peuvent jamais réunir à l'encontre de l'action publique, et sauf, bien entendu, les exceptions formellement autorisées par la loi, les conditions constitutives de l'autorité de la chose jugée ; qu'en effet il n'existe entre les deux instances ni identité de parties, puisque le ministère public, partie poursuivante en matière criminelle, n'est jamais partie dans les instances civiles, auxquelles il n'assiste pas quand il s'agit de la juridiction commerciale, et auxquelles il n'assiste que comme partie jointe, s'il s'agit de la juridiction civile proprement dite ; ni identité d'objets, alors même que les deux actions portent sur le même fait, puisqu'elles ne l'envisagent pas sous le même rapport, n'en déduisent pas les mêmes conséquences et ne tendent pas aux mêmes fins ; ni même identité dans les moyens de preuve, puisque la preuve testimoniale, qui est en matière criminelle de règle générale, n'est en matière civile qu'une exception rarement admise et étroitement limitée ; que l'indépendance des deux juridictions entre elles ne souffre d'exception qu'au cas où l'action publique soulève une question préjudicielle, parce que dans ce cas le juge de l'action n'est pas juge de l'exception, la connaissance en étant exclusivement dévolue à la juridiction civile ; qu'il est impossible d'attribuer, dans une poursuite pour banqueroute, le caractère d'exception préjudicielle au point de savoir si le prévenu est commerçant et s'il est en état de cessation de paiement ; que ce caractère ne convient pas à la vérification de points de fait d'une telle nature, puisque, indépendamment du peu de valeur, à ce point de vue, de ces faits envisagés en eux-mêmes, il est aujourd'hui de doctrine incontestée que si la juridiction commerciale n'a point encore été dessaisie de leur connaissance, la justice répressive, loin d'être obligée de surseoir (ce qui devrait être, au cas d'une véritable exception préjudicielle), est obligée, tout au contraire, d'en rester saisie et d'y statuer immédiatement[1]. »

[1] Cass., 6 mars 1857, Bull. n. 97 ; et conf. Cass., 24 janv. 1864, Bull.

2154. Or, si le fait de la faillite n'est pas une question préjudicielle, si la déclaration doit en être faite par le juge saisi de la prévention de la banqueroute, il en résulte que ce juge doit statuer sur cette faillite et la constater, non-seulement quand le tribunal de commerce ne l'a pas fait, mais même quand il l'a déjà déclarée. En effet, il est de règle générale que le jugement intervenu dans une instance civile n'a aucune influence sur l'action publique, lorsque cette instance n'est point préjudicielle à la poursuite. Cette influence ne pourrait résulter que de l'autorité de la chose jugée qui serait attachée à ce jugement. Or comment cette autorité existerait-elle devant la juridiction criminelle? Il n'y a point identité d'objet entre l'action civile et l'action publique : celle-là n'a pour but que l'intérêt privé de celui qui l'exerce; celle-ci, l'intérêt général de la société. Il n'y a point identité de parties : le ministère public n'est pas partie dans les instances civiles, il n'y procède pas par voie d'action.

Cette règle était constante dans notre ancien droit criminel; Jousse l'établit en ces termes : « Lorsqu'une action criminelle a été poursuivie civilement ou criminellement entre un accusé et une partie civile, sans que la partie publique se soit jointe au procès, cette partie publique est toujours en droit d'agir pour poursuivre la vengeance publique. La raison est que, par le jugement rendu sur une action civile, on ne satisfait point à la réparation publique, mais seulement à la réparation privée; ce qui fait que la partie publique est alors en droit d'agir pour l'intérêt public [1]. » Julius Clarus pose également en principe que les preuves acquises dans les procès civils, les jugements auxquels ils ont donné lieu, ne peuvent avoir aucune force devant les juges criminels : *Si producantur aliqua acta, potest reus dicere quòd acta facta in judicio civili non faciunt fidem in criminali, neque etiam sententia super ipso crimine lata* [2]. L'aveu même des prévenus, fait dans une instance

n. 166 ; 1er mars 1864, n. 49 ; 22 sept. 1864, n. 235 ; 16 sept. 1869, Bull. n. 213.

[1] Just. crim., t. 3, p. 22.

[2] Julii Clari Sentent., quæst. 54, num. 2, 3, 4 et 5.

civile, ne pouvait être produit dans la poursuite criminelle : *Confessio facta in judicio civili, non facit in judicio criminali plenam probationem* [1].

La Cour de cassation a jugé, conformément à cette doctrine, que le jugement civil qui déclare un individu en faillite ne fait point obstacle à ce que la qualité de commerçant soit de nouveau mise en question devant la chambre d'accusation : « attendu que les tribunaux de répression sont compétents pour examiner et juger, quant à l'action publique, non-seulement les faits constitutifs du crime de banqueroute, mais encore la qualité de celui à qui on les oppose ; que les jugements rendus sur l'action civile des créanciers demeurent sans influence sur l'action criminelle ; que le prévenu ne peut pas plus s'en prévaloir qu'on ne peut les lui opposer [2]. Elle a jugé encore « que le fait de la faillite étant un des éléments essentiels du délit de banqueroute simple, il appartient au tribunal correctionnel d'apprécier les éléments constitutifs de ce fait, indépendamment de tous jugements qui auraient pu intervenir au civil sur la faillite et le règlement des intérêts des créanciers, ces jugements étant sans autorité sur l'action publique [3].

2155. C'est encore d'après le même principe que la Cour de cassation a jugé que l'homologation du concordat et la déclaration que le failli est excusable, ne sont point des obstacles à l'exercice de l'action publique contre le failli. Les motifs de cet arrêt sont : « que l'action criminelle ne peut être arrêtée dans le cours de son exercice par les actes de la juridiction civile, que dans le cas où la loi l'a expressément ordonné ; que les dispositions des art. 588 et 595 du Code de commerce sont générales et absolues ; que leur exécution n'est point subordonnée par la loi à ce qui peut être ordonné par le tribunal de commerce, d'après l'art. 526 du même Code ; que l'homologation du concordat et la déclaration d'excusabilité du failli, prononcées, d'après cet article, par le tribunal de commerce,

[1] Julius Clarus, loc. cit.

[2] Cass., 23 nov. 1827, Bull. n. 285.

[3] Cass., 22 janv. 1847, Bull. n. 11 ; et conf. Cass., 1er mars 1867, Bull. n. 46 ; 12 fév. 1870, Bull. n. 40 ; 10 mars 1870. Bull. n. 60.

ne sauraient donc être un obstacle à l'exercice de l'action publique contre le failli, sur la prévention de banqueroute simple ou de banqueroute frauduleuse; que ces actes du tribunal de commerce se réfèrent en effet au cas de faillite simple, et conséquemment à un état de cause essentiellement différent de celui que les art. 588 et 595 ont eu pour objet de constater et de punir; que d'ailleurs il ne peut jamais y avoir de contrariété légale entre un jugement civil et un jugement criminel, puisqu'il ne peut y avoir jamais identité de parties; que le ministère public n'est, dans aucun cas, partie devant les tribunaux de commerce; que son action ne peut donc jamais être atteinte par des jugements de ces tribunaux, dont l'effet est essentiellement borné entre les parties civiles entre lesquelles ils sont rendus [1]. »

2156. Nous avons établi jusqu'ici les deux éléments sans lesquels il n'existe point de banqueroute, à savoir : la qualité de commerçant de l'agent, et le fait de sa faillite. Nous avons vu que ces deux circonstances sont la base nécessaire de toute poursuite en banqueroute; qu'elles doivent être déclarées par les juges du fait comme éléments du délit ou du crime, et qu'à défaut d'une déclaration précise sur ces deux points, la banqueroute cesserait d'être punissable.

Nous allons rechercher maintenant les faits caractéristiques de la banqueroute *simple* et de la banqueroute *frauduleuse*.

La loi, en flétrissant du nom de banqueroute toutes les fautes par lesquelles un commerçant se met dans l'impuissance de remplir ses engagements, a cependant distingué ces fautes en deux catégories distinctes, suivant qu'elles prennent leur source dans l'imprudence ou dans la fraude, dans la négligence et l'inconduite ou dans le crime. La faute, quelque grave qu'elle soit, lorsqu'elle est pure d'un calcul coupable, ne peut constituer qu'un délit de banqueroute simple; mais lorsque le commerçant a préparé par de criminelles manœuvres la spoliation de ses créanciers, sa banqueroute est qualifiée frauduleuse, et revêt le caractère d'un crime.

[1] Cass., 9 mars 1811, S.3.304; J.P.9.153; Pardessus, t. 4, n. 1300; Carré, Lois de la procédure civile, 3e édit., n. 943.

§ I. — *De la banqueroute simple.*

2157. Les faits de banqueroute simple sont divisés par le Code de commerce en deux séries.

Avant la loi du 28 mai 1838, le Code soumettait les faits de la première classe à une poursuite nécessaire : *Sera poursuivi comme banqueroutier simple* tout commerçant failli, etc. ; et les faits de la seconde classe à une poursuite facultative : *Pourra être poursuivi comme banqueroutier simple* (art. 585 et 586 du Code de commerce). La loi du 28 mai 1838 a rectifié ces deux expressions, qui semblaient enchaîner l'action du ministère public dans le premier cas, et dans le second le constituer juge de la poursuite. Il est évident que c'est aux tribunaux et non au ministère public qu'une telle appréciation des faits pouvait appartenir ; tel a été aussi le sens de la modification introduite dans les art. 585 et 586, et qui a consisté à placer dans le premier ces mots : *sera déclaré banqueroutier simple*, etc., et dans le second ceux-ci : *pourra être déclaré*, etc. Le rapporteur de la commission de la Chambre des députés a dit : « Cette distinction est plus conforme aux principes du droit pénal ; elle sépare les cas où la banqueroute simple *doit être* déclarée, de ceux où *elle peut* l'être. »

Une telle distinction n'est-elle pas quelque peu puérile, et dans tous les cas complétement sans objet? Quel est son but? C'est d'astreindre les tribunaux à prononcer une condamnation toutes les fois que l'un des faits prévus par l'art. 585 est reconnu constant ; c'est de laisser, au contraire, cette condamnation facultative dans les cas prévus par l'art. 586, et lors même que les faits énumérés par cet article seraient établis : or, lorsqu'il s'agit de reconnaître un fait et de le qualifier pour le punir, les tribunaux peuvent-ils être servilement enchaînés, comme s'il s'agissait d'accomplir une formalité matérielle? Ne conservent-ils pas le pouvoir, même dans les diverses hypothèse de l'art. 585, de ne pas déclarer l'existence du délit? Il est à remarquer que l'art. 586, qui attribue aux juges la faculté de ne prononcer aucune peine, même en présence du délit constaté, ne prévoit que des faits déterminés et précis,

tandis que l'art. 585, qui semble astreindre les juges à condamner, ne prévoit que des faits vagues et qui doivent être appréciés : or, cette appréciation nécessaire, et qui doit se puiser dans la moralité de ces faits, ne renferme-t-elle pas implicitement la faculté énoncée dans l'art. 586? Cette distinction inusitée est donc illusoire, puisqu'elle ne peut lier les juges, puisqu'elle ne leur retire aucune de leurs attributions, puisqu'ils restent les maîtres, en face du fait constaté, de ne pas déclarer le délit de banqueroute simple, s'ils ne reconnaissent pas, à côté du fait matériel, le fait moral, qui est l'un des éléments du délit. Il eût donc été préférable d'effacer, à l'égard de la banqueroute simple, une distinction qui n'est que dans les termes, et que la loi nouvelle avait le soin de faire disparaître en même temps en matière de banqueroute frauduleuse.

2158. Nous venons de dire que la seule constatation du fait matériel ne suffisait pas, même en matière de banqueroute simple, pour que les juges fussent obligés d'appliquer les peines de la loi. En effet, la banqueroute simple n'est pas seulement une contravention matérielle; elle est rangée parmi les délits : or la criminalité d'un fait que la loi qualifie délit ne se puise pas seulement dans la matérialité, mais aussi dans la moralité. Il ne suffit pas que le commerçant failli ait commis quelqu'un des faits répréhensibles qui peuvent constituer la banqueroute simple; il faut qu'il les ait commis volontairement, avec l'intention que la loi a voulu incriminer. Il ne peut exister aucun doute sur cette règle générale. Mais la difficulté naît quand il s'agit de préciser cette intention, cette volonté, en un mot la moralité du délit. La loi a-t-elle voulu atteindre une pensée de fraude ou la simple négligence, la mauvaise foi ou seulement quelque faute grave?

Nous pensons que la fraude n'est pas essentielle à l'existence du délit, mais qu'une faute grave est du moins nécessaire pour le constituer. Les différents faits énumérés par les art. 585 et 586 du Code de commerce ne supposent pas la fraude : l'excès des dépenses, la participation à des jeux de bourse, les emprunts ruineux, les engagements téméraires, accusent l'imprudence du commerçant, mais non sa bonne foi; il a mal dirigé ses affaires, il n'a pas conçu la pensée de spolier ses

créanciers; son inconduite l'a conduit à la ruine, mais il n'est coupable que d'inconduite. C'est ainsi que, lors de la rédaction du Code pénal, le rapporteur du Corps législatif ne voyait, dans la banqueroute simple, « qu'un fait que la négligence, l'imprévoyance, l'inconsidération dans les démarches ont, il est vrai, toujours plus ou moins occasionné, mais auquel du moins la perversité, l'esprit de rapine, les calculs coupables ont été étrangers. » Et c'est d'après cette doctrine que la Cour de cassation a décidé : « que l'art. 587 (aujourd'hui 586) du Code de commerce n'admettant aucune circonstance élémentaire de la banqueroute simple, en ce qui touche la tenue des livres, que les irrégularités ou omissions exemptes de fraude, il s'ensuit nécessairement qu'aux termes de cet article, la simple négligence peut suffire pour entraîner ou la poursuite ou la condamnation ; qu'il présente l'une ou l'autre comme également facultative ; que la limite de cette faculté est dans l'appréciation soit de l'existence, soit de la gravité du tort ainsi caractérisé par la loi, et susceptible d'être considéré, suivant les cas, comme méritant punition ou comme excusable [1]. »

2159. Mais il est nécessaire que ce tort, cette faute soient constatés. Il ne suffit pas que les faits matériels, constitutifs de la banqueroute simple, soient constants; car, par exemple, les dépenses personnelles du failli peuvent être jugées excessives d'après le résultat des événements et l'état actuel de sa fortune, et cependant n'être pas considérées comme une faute au moment où elles ont été faites. Les emprunts onéreux, les ventes au-dessous du cours, ne sont pas toujours des actes imprudents et ruineux; car un emprunt, même onéreux, peut avoir un résultat utile; une vente précipitée peut être une mesure de prudence. Il faut donc qu'à côté de chaque fait soit constatée la faute de son auteur; que chaque acte soit apprécié à son point de vue moral; qu'il soit déclaré non-seulement que le prévenu a commis cet acte, mais qu'en le commettant il s'est rendu coupable de témérité, de mauvaise gestion ou d'imprudence. C'est là le fait moral que la loi a voulu atteindre, le délit qu'elle a puni.

[1] Cass., 24 nov. 1836, Bull. n. 378.

C'est dans ce sens qu'il a été décidé « que la disparition momentanée du failli ne constitue pas à elle seule la banqueroute simple; qu'aux termes de l'art. 586 n° 5, il faut, pour que le délit existe, que le prévenu ne se soit pas présenté en personne au syndic ou aux opérations de la faillite, dans les cas et dans les délais fixés par la loi [1]. »

2160. Mais les faits constitutifs de la banqueroute simple changeraient-ils de caractère, s'ils étaient le résultat, non point seulement d'une imprudence, mais d'une fraude criminelle? cesseraient-ils de constituer un simple délit, si, par exemple, le failli avait dessein de céler sa véritable situation en ne tenant pas de livres, de spolier ses créanciers en faisant des achats ou des ventes au-dessous du cours? Il est évident que l'intention de l'agent, quelle qu'elle soit, ne suffit pas pour imprimer à un fait matériel un nouveau caractère. Tous les actes constitutifs de la banqueroute simple restent les mêmes, soit qu'ils soient le résultat de la fraude ou de l'imprudence; leur péril social, le préjudice qu'ils causent, ne sont nullement altérés; la criminalité de l'agent s'aggrave sans doute, mais l'acte matériel n'acquiert aucune gravité nouvelle; le délit ne change donc pas de caractère. Ce délit, d'ailleurs, ne pourrait se modifier que pour revêtir la qualification de banqueroute frauduleuse; or toute espèce de fraude ne constitue pas ce crime : il faut qu'à cette fraude se réunissent les faits énoncés par l'art. 591 du Code de commerce; et ces faits sont tout à fait distincts de ceux que les art. 585 et 586 ont prévus. A la vérité, le dernier paragraphe de l'art. 586, après avoir déclaré passible des peines de la banqueroute simple le commerçant failli dont les livres sont irrégulièrement tenus, ajoute : *Sans néanmoins qu'il y ait fraude.* Mais ces expressions se réfèrent évidemment au cas où l'irrégularité des livres aurait pour cause un détournement ou une dissimulation d'une partie de l'actif, cas qui, aux termes de l'art. 591, constitue la banqueroute frauduleuse.

2161. L'art. 585 du Code de commerce énumère quatre cas de banqueroute simple : « Sera déclaré banqueroutier simple, tout banqueroutier failli qui se trouvera dans un des cas sui-

[1] Cass., 17 mai 1866, Bull. n. 136, et conf. Cass., 8 août 1867, n. 185.

vants : 1° si ses dépenses personnelles ou les dépenses de sa maison sont jugées excessives; 2° s'il a consommé de fortes sommes soit à des opérations de pur hasard, soit à des opérations fictives de bourse ou sur marchandises; 3° si, dans l'intention de retarder la faillite, il a fait des achats pour revendre au-dessous du cours; si, dans la même intention, il s'est livré à des emprunts, circulation d'effets, ou autres moyens ruineux de se procurer des fonds; 4° si, après cessation de ses paiements, il a payé un créancier au préjudice de la masse. » L'art. 586 ajoute: « Pourra être déclaré banqueroutier simple tout commerçant failli qui se trouvera dans un des cas suivants : 1° s'il a contracté pour le compte d'autrui, sans recevoir des valeurs en échange, des engagements jugés trop considérables, eu égard à sa situation lorsqu'il les a contractés; 2° s'il est de nouveau déclaré en faillite sans avoir satisfait aux obligations d'un précédent concordat; 3° si, étant marié sous le régime dotal, ou séparé de biens, il ne s'est pas conformé aux art. 69 et 70; 4° si, dans les trois jours de la cessation de ses paiements, il n'a pas fait au greffe la déclaration exigée par les art. 438 et 439, ou si cette déclaration ne contient pas les noms de tous les associés solidaires; 5° si, sans empêchement légitime, il ne s'est pas présenté en personne aux syndics dans les cas et dans les délais fixés, ou si, après avoir obtenu un sauf-conduit, il ne s'est pas représenté à la justice; 6° s'il n'a pas tenu de livres et fait exactement inventaire, si ces livres ou inventaires sont incomplets ou irrégulièrement tenus, ou s'ils n'offrent pas sa véritable situation active ou passive, sans néanmoins qu'il y ait fraude. »

2162. Nous allons reprendre quelques-unes de ces dispositions. La loi du 28 mai 1838 a ajouté les *dépenses personnelles*, dans le § 1er de l'art. 585, aux *dépenses de la maison*, que le Code de commerce s'était borné à prévoir. Ces deux sortes de dépenses diffèrent en effet : les premières comprennent les pertes de jeu et toutes les dépenses qui sont étrangères à l'entretien de la maison. Le Code rappelait l'obligation d'inscrire ces dépenses, mois par mois, sur le livre-journal. Cette disposition a été effacée avec raison; car la loi n'avait point attaché la qualification de banqueroute au défaut d'accomplissement

de cette obligation, et dès lors cette énonciation, purement comminatoire, était superflue. Nous ajouterons qu'en appelant les juges à apprécier si les dépenses ont été excessives, la loi leur défère l'appréciation de la moralité et même de l'intention de l'agent. C'est ce que reconnaît très-bien M. Renouard : « La loi, dit ce magistrat, fait la part de la question intentionnelle en laissant aux tribunaux à décider s'ils jugent les dépenses excessives. Ils se montreront très-sévères pour les négociants qui font payer à leurs créanciers les folies de leur luxe, l'ostentation de leur vanité, l'intempérance de leurs plaisirs, et pour ceux dont le charlatanisme affiche les dehors d'une menteuse opulence afin d'attirer à eux un crédit qu'ils savent ne pas mériter. Le riche qui prodigue son propre bien ne mérite de reproches que vis-à-vis de lui-même et de sa famille ; mais le négociant endetté qui dépense avec excès l'argent qui devrait être employé à payer ses créanciers se rend coupable d'un véritable larcin, et la loi n'est que juste quand elle fait de cette conduite un délit [1]. »

2163. L'emploi de *fortes sommes à des opérations de pur hasard* a été considéré par la loi comme un acte d'imprudence assez grave pour devenir l'élément du délit de banqueroute. Deux conditions sont néanmoins exigées : il faut que les sommes absorbées par ces opérations soient *fortes*, ce qui doit être arbitré eu égard aux ressources du commerçant ; il faut ensuite que les opérations soient de *pur hasard*, ce qui exclut toute spéculation qui serait en partie fondée sur des données positives et sur des faits aléatoires. Le Code de commerce s'était borné à dénommer les *opérations de pur hasard ;* la loi du 28 mai 1838 a ajouté les *opérations fictives de bourse ou sur marchandises*. Le rapporteur de la Chambre des députés a motivé cette condition en ces termes : « On pourrait s'en tenir à la dénomination générale et n'énoncer aucun de ces cas particuliers qu'elle renferme, tels que les jeux funestes et immoraux de la Bourse, et l'agiotage, non moins répréhensible, qui joue sur les marchandises. Mais on a pensé, avec raison, qu'il convient à la morale publique que la loi sur les banqueroutes impose à

[1] Traité des faillites et banqueroutes, t. 2, p. 440, 3e édit.

ces opérations une flétrissure de plus, en les rappelant par une mention expresse. Quant aux pertes au jeu, que prévoyait cet article, elles rentrent dans les dépenses personnelles[1]. » Les tribunaux doivent apprécier si les sommes consommées dans ces opérations doivent être considérées comme fortes, eu égard à la situation du commerçant failli ; ils ne doivent pas punir toute opération hasardée, mais seulement les opérations de pur hasard[2].

2164. Les emprunts, les reventes à perte étaient des faits de banqueroute, d'après le Code de commerce, lorsqu'il résultait du dernier inventaire que l'actif était de 50 pour 100 au-dessous du passif ; il en était de même des signatures de crédit ou de circulation, lorsqu'elles étaient données pour une somme triple de l'actif selon l'inventaire. « Ces limites fixes, a dit le rapporteur, cette nécessité de s'en référer aux évaluations du dernier inventaire, sans prévision de ce qui adviendrait si les inventaires n'avaient point eu lieu, ont été remplacées par des dispositions générales : il y aura banqueroute simple lorsque ce sera dans l'intention de retarder la faillite que l'on aura recours à ces moyens ruineux de se procurer des fonds. » On fit l'observation, lors de la discussion de la loi, qu'il y avait peut-être quelque danger à admettre comme caractère de la banqueroute simple des emprunts faits par le failli, puisque la plupart des commerçants se servent pour leurs spéculations de capitaux étrangers. Il fut répondu, par le rapporteur, que cette observation serait juste s'il s'agissait d'un commerçant qui, lorsqu'il est au-dessus de ses affaires, se procure des fonds par des emprunts ; mais qu'il s'agit d'un homme qui est à la veille de sa faillite, qui devrait la déclarer, et qui, par des emprunts onéreux, trouve le moyen de prolonger son agonie. Il ne suffit donc pas que le commerçant failli ait fait des achats pour revendre au-dessous du cours, et qu'il se soit livré à des emprunts, circulations d'effets et autres moyens ruineux de se procurer des fonds ; la loi n'incrimine ces différents actes, quelque désastreux que puissent être leurs résultats, qu'autant qu'ils

[1] Rapport de M. Renouard, Moniteur du 31 janv. 1835, p. 220.
[2] Traité des faillites et banqueroutes, t. 2, p. 441.

ont été commis *dans l'intention de retarder la faillite*, car ce n'est que dans ce cas qu'ils nuisent visiblement à des tiers, aux créanciers. Ces faits ne peuvent devenir la base d'une poursuite en banqueroute simple, que lorsqu'ils se sont consommés à la veille de la faillite, lorsque leur auteur connaissait sa situation, et qu'il ne pouvait puiser dans l'emploi de ces moyens onéreux l'espoir fondé de rétablir ses affaires. Ces deux conditions du délit sont également posées par M. Renouard : « Il faut que les opérations énumérées nominativement et non limitativement aient été déterminées par l'intention de retarder la faillite. Rien, en effet, n'est plus désastreux ni plus ordinaire que les retards mis à la déclaration d'une faillite désormais inévitable. Les dettes contractées à cette époque sont un véritable vol envers les créanciers nouveaux; c'est un moyen de favoriser, au mépris de l'égalité, ceux des anciens créanciers que l'on désintéresse, et d'aggraver les pertes de ceux dont on dilapide le gage. L'autre condition est que l'opération incriminée soit un moyen ruineux de se procurer des fonds. Les achats destinés à revente au-dessous du cours, les emprunts qu'on sait ne pouvoir pas acquitter, les circulations d'effets, qui sont le mensonge du crédit, sont ruineux pour le gage des créanciers; toutes autres opérations faites dans la même intention, et qui conduisent au même résultat, constituent le même délit, et la loi a dû également les atteindre par une disposition générale dont les tribunaux feront application suivant les circonstances spéciales de chaque affaire [1]. »

2165. Le quatrième paragraphe de l'art. 585 place au nombre des éléments de la banqueroute simple le paiement fait à un créancier au préjudice de la masse et après la cessation des paiements. Ce cas nouveau de banqueroute, introduit par la loi du 28 mai 1836, a cela de remarquable qu'il résulte d'un fait postérieur à la faillite. Ce fait, qui peut avoir lieu même après le contrat d'union ou le concordat, n'inculpe ni l'administration du commerçant ni sa bonne foi; sa gestion est mise hors de cause; c'est un fait distinct de la faillite. Si cet acte peut être incriminé, c'est parce qu'il constitue un acte de fai-

[1] Eod. loc., p. 442.

blesse ou de fraude préjudiciable à la masse des créanciers, une sorte d'abus de confiance au profit d'un tiers. Le failli dispose, en effet, d'un bien dont il n'a plus la libre disposition, et qui est, comme tous ses biens, le gage commun de ses créanciers. Cette disposition irrégulière aurait donc dû être punie comme un abus de confiance, mais non comme un cas de banqueroute, car elle ne peut rétroagir sur les actes qui ont préparé la faillite. Ensuite, il eût fallu distinguer peut-être le paiement fait antérieurement ou postérieurement au jugement déclaratif de la faillite : ce jugement emporte dessaisissement pour le failli de l'administration de tous ses biens; le paiement consommé après ce jugement rentre donc, par une analogie évidente, dans les termes du deuxième paragraphe de l'art. 400 du Code pénal, qui prévoit l'enlèvement par le saisi des effets saisis; et le législateur eût pu appliquer à cette nouvelle espèce cette disposition. Mais, avant ce dessaisissement légal, le failli peut concevoir quelques doutes sur ses droits, et son action est plus excusable. Un tribunal correctionnel avait refusé d'appliquer la loi pénale à un négociant qui avait désintéressé plusieurs de ses créanciers postérieurement au jour de la cessation de ses paiements, par le motif qu'il n'avait eu d'autre intention que d'éviter la déclaration de la faillite. La Cour de cassation a pensé que ce motif ne suffisait pas pour effacer le délit, et elle a cassé, « attendu que les dispositions de l'art. 585 sont absolues, et que dès qu'il est constaté que le failli a payé un de ses créanciers après la cessation de ses paiements, et dès que ce paiement a été fait au préjudice de la masse, le tribunal n'a pas la faculté de ne pas appliquer la loi pénale [1]. » C'est en effet le fait matériel du paiement que la loi a voulu atteindre, indépendamment de l'intention qui a guidé le failli. Cependant il ne faut pas exagérer le caractère obligatoire de cette loi : si le prévenu avait ignoré la cessation des paiements, ou si le paiement avait eu pour objet soit une créance considérée comme privilégiée ou une dépense utile à la conservation de l'actif, la pénalité ne serait plus applicable, car le fait n'aurait plus le caractère et les effets que la loi a voulu atteindre.

[1] Cass., 30 juill. 1841, Bull. n. 220.

2166. Les cas de banqueroute simple, prévus par l'art. 586, reposent en général sur des faits plus déterminés et plus précis. Cependant le fait du failli d'avoir contracté des engagements trop considérables, eu égard à sa position, qui fait l'objet du paragraphe premier de cet article, est un fait d'imprudence qui appelle nécessairement une appréciation morale. Le deuxième paragraphe donna lieu à quelques observations, au sein de la Chambre des députés : M. Réalier-Dumas proposa de scinder ce paragraphe, et de déclarer passible des peines de la banqueroute simple tout commerçant failli qui serait de nouveau déclaré en faillite, lors même qu'il aurait satisfait aux conditions du concordat. Le rapporteur répondit que ce serait confondre le malheur et la mauvaise foi : « l'inexécution du concordat, ajouta-t-il, est au rang des scandales dont le commerce est le plus fondé à se plaindre. La loi doit prévoir ce cas sur lequel le Code de commerce se taisait entièrement; mais elle doit admettre les motifs d'excuse que des circonstances de force majeure peuvent quelquefois apporter [1]. »

2167. Le 2e § de l'art. 586 s'applique-t-il au cas où le failli concordataire, qui n'a contracté aucune dette nouvelle, n'est poursuivi que pour inexécution des obligations du concordat? Cette question a été résolue affirmativement par un arrêt qui dispose : « que l'arrêt attaqué constate 1° que Grahier, commerçant failli, a obtenu de ses créanciers, le 6 février 1868, un concordat qui a été dûment homologué; 2° qu'il n'a pas satisfait aux obligations de ce traité; 3° qu'il a été de nouveau déclaré en faillite par jugement du 22 décembre 1868, pour n'avoir pas satisfait à ces obligations; qu'il résulte, il est vrai, de ces dernières expressions que le motif de la nouvelle déclaration de faillite est pris de l'inexécution, de la part du failli, des conditions du concordat, à défaut de paiement aux époques convenues par le traité; mais que le concordat intervenu entre un commerçant failli et ses créanciers emporte novation et convertit la dette primitive, qui se trouve éteinte, en une dette nouvelle; qu'en ne payant pas cette dernière, le commerçant cesse de nouveau ses paiements, et est, en conséquence, de

[1] Moniteur du 6 avril 1838.

nouveau en état de faillite; que si le Code de commerce veut qu'en cas de résolution pour cause d'inexécution, il soit procédé sur les errements de la première faillite, c'est uniquement afin d'éviter les lenteurs et les frais inutiles qu'entraînerait un nouvel accomplissement de formalités qui ont déjà été remplies; qu'on ne saurait dès lors en induire qu'il n'y a qu'une réouverture de l'ancienne faillite et non une faillite nouvelle; que l'art. 586, n° 2, en exigeant, comme condition constitutive du délit de banqueroute simple, une nouvelle déclaration de faillite, ne distingue nullement entre le cas où cette nouvelle déclaration est prononcée à défaut de paiement de la dette concordataire, et celui où elle le serait à défaut de paiement de dettes postérieures au jugement d'homologation du concordat [1]. »

2168. Les art. 69 et 594 du Code de commerce faisaient l'application des peines de la banqueroute frauduleuse au commerçant failli qui, marié sous le régime dotal ou séparé de biens, n'avait pas fait le dépôt de son contrat de mariage au greffe du tribunal de commerce, ou qui n'avait pas tenu de livres, ou dont les livres ne présentaient pas la véritable situation active et passive, ou qui, après avoir obtenu un sauf-conduit, ne s'était pas représenté à justice. Ces peines étaient excessives. La loi du 28 mai 1838 s'est bornée à ranger ces cas parmi ceux de la banqueroute simple excusable : « L'excès dans les peines, a dit M. Renouard, conduit à l'impunité. Sans doute, un commerçant tombe dans une faute grave lorsqu'il ne tient pas de livres; mais l'expérience de tous les jours démontre que le commerce est souvent exercé par des personnes illettrées, et qu'il y a trop de rigueur à punir cette négligence ou cette faute comme un crime, lorsqu'il ne s'y mêle aucune intention de fraude. Le Code de commerce avait d'ailleurs manqué de prévoyance, lorsque, pour tous les cas, il ne laissait à opter qu'entre une déclaration de la banqueroute frauduleuse ou un acquittement. » La Cour de cassation avait décidé, sous l'empire du Code de commerce : « 1° que les art. 69 et 70 de ce Code, en assujettissant tout époux séparé de biens ou marié sous le régime dotal, qui embrasserait la profession de com-

[1] Cass., 2 juin 1870, Bull. n. 120.

merçant, à la publication de son contrat de mariage, n'ont eu pour objet que les séparations contractuelles ou exclusions de communauté, et non les séparations judiciaires, sujettes à des formalités particulières qui en assurent par elles-mêmes la publicité [1]; 2° qu'en ce qui touche les irrégularités ou omissions dans la tenue des livres, la simple négligence peut suffire pour entraîner la poursuite et la condamnation, mais qu'il appartient aux juges d'apprécier si cette négligence est excusable, ou si elle constitue un tort assez grave pour qu'elle puisse être qualifiée délit [2]. » La loi nouvelle n'a nullement modifié les règles qui ont dicté ces deux décisions.

2169. Le délit de banqueroute simple admet-il des complices? Cette question a été résolue négativement par un arrêt qui déclare « que les faits de banqueroute ont été prévus et qualifiés par une législation spéciale; que le Code de commerce, en les divisant en deux catégories, le crime de banqueroute frauduleuse et le délit de banqueroute simple, et en spécifiant en outre divers cas de complicité se rapportant spécialement à la première de ces deux infractions, a renvoyé au Code pénal pour déterminer les peines qui leur étaient applicables; que ce dernier Code, après avoir, par son art. 402, édicté contre les auteurs principaux des faits de banqueroute deux sortes de peines, conformément à la distinction établie par la loi de la matière, s'est borné, dans son art. 403, en ce qui concerne les complices, à étendre à ceux que cette loi avait déclarés tels la peine du crime de banqueroute frauduleuse; que si cet article a rappelé la règle tracée par l'art. 59, dans le rapport de cette règle avec les seuls cas de complicité mentionnés par le Code de commerce, il n'a pu évidemment avoir d'autre objet que d'en restreindre l'application aux cas auxquels il se référait; que la loi de 1838 a compris dans un chapitre intitulé : *Des crimes ou délits commis dans les faillites par d'autres que les faillis*, tout fait des tiers qui, se rattachant à la faillite, était à ce titre jugé susceptible d'incrimination; que ces dispositions nouvelles, non plus que celles qui les ont précédées, n'ont aucun trait à

[1] Cass., 9 sept. 1813, S.4.440; J.P.11.703.
[2] Cass., 24 nov. 1836, Journ. du dr. crim., t. 9, p. 87.

la complicité de banqueroute simple; que si l'art. 593 du Code de commerce revisé a ajouté à l'énumération des cas de participation des tiers à la faillite ces mots : *sans préjudice des autres cas prévus par l'art.* 60 *du Code pénal*, c'est après avoir attribué aux faits par lui spécifiés le caractère criminel et les conséquences pénales de la banqueroute frauduleuse; que l'article 59 du Code pénal a mis en dehors du principe qu'il consacre les faits *à l'égard desquels la loi en aurait autrement disposé ;* qu'en ce qui touche la banqueroute simple, la dérogation qu'il a prévue ressort virtuellement tant de l'ensemble et de la combinaison des textes que de la nature particulière de ce délit, lequel consiste dans la violation d'obligations toutes personnelles au failli, dérivant de sa qualité de commerçant et constituant des garanties légales attachées à l'exercice de cette profession [1]. »

2170. A ces motifs puisés dans l'interprétation des textes, on peut ajouter quelques considérations déduites des principes du droit. En thèse générale, les contraventions matérielles n'admettent point de complices. Ce principe, quoiqu'il ne soit posé nulle part, résulte de la nature même des choses. La complicité suppose une certaine préparation du fait que l'on commet de concert, une intention commune dans l'auteur et ses complices. Quels sont ces complices ? Ce sont ceux qui provoquent le délit, ceux qui fournissent les instruments pour le commettre, ceux qui aident son exécution. Leur concours suppose nécessairement un délit moral, c'est-à-dire un fait commis avec l'intention de le commettre. Comment admettre des complices dans un fait commis sans intention, dans une négligence, dans une imprudence, dans une inobservation d'un règlement, dans une omission quelconque d'actes ou de formes ? Une telle infraction ne suppose ni préparatifs ni concours; elle est nécessairement individuelle ; elle ne peut être commise par plusieurs ; chacun des contrevenants est auteur principal ; il y a autant d'infractions que d'individus. Voilà pourquoi l'art. 59 ne s'applique qu'aux complices des crimes et délits, et ne fait nulle mention des complices des simples contraventions. C'est

[1] Cass., 10 oct. 1844, Bull. n. 241.

donc à raison de son caractère légal, c'est parce qu'elle constitue une faute plutôt qu'un délit moral, que la banqueroute simple n'admet aucune complicité. Les faits qui la forment, purement matériels pour la plupart, exempts non d'imprudence, mais de fraude et de mauvaise foi, commis dès lors sans préméditation et sans intention dolosive, excluent nécessairement une circonstance qui ne peut exister que par une intention concertée entre plusieurs. Une autre raison, indiquée à la fin de l'arrêt, est que la nature des faits constitutifs de la banqueroute simple repousse l'idée qu'ils puissent être commis à l'aide de complicité. En effet, tous ces faits sont la violation d'obligations personnelles au failli. Les formalités qu'il est tenu de remplir, les déclarations qui lui sont imposées, les règles auxquelles il est assujetti, sont des garanties qui pèsent sur lui seul et qui n'admettent pas même le concours d'un tiers, puisque seul il est responsable de leur accomplissement. Il importerait peu que ce fût par le fait de ce tiers que telle ou telle condition légale n'eût pas été remplie, telle irrégularité commise; celui-ci ne serait pas coupable, parce qu'il n'avait pas le devoir légal de la remplir; il pourrait être responsable vis-à-vis du failli, mais non vis-à-vis de la loi. Le failli seul peut être inculpé, parce que son délit naît de sa position personnelle et de l'infraction des obligations qu'elle lui imposait.

§ 11. — *De la banqueroute frauduleuse.*

2171. Nous arrivons maintenant au crime de banqueroute frauduleuse. Les cas de banqueroute frauduleuse sont prévus par l'art. 591 du Code de commerce, ainsi conçu : « Sera déclaré banqueroutier frauduleux et puni des peines portées au Code pénal, tout commerçant failli qui aura soustrait ses livres, détourné ou dissimulé une partie de son actif, ou qui, soit dans ses écritures, soit par ses actes publics ou des engagements sous signature privée, soit par son bilan, se sera frauduleusement reconnu débiteur de sommes qu'il ne devait pas. »

Le premier élément du crime, ainsi que l'indique sa qualification même, est la *fraude :* il ne suffit donc plus ici que le

failli ait commis l'un des faits prévus par cet article, par l'effet d'une faute quelconque; il faut qu'il ait agi avec l'intention de spolier ses créanciers; ce n'est plus l'imprudence, la témérité, que la loi punit, c'est l'escroquerie et le vol. Ainsi la Cour de cassation a déclaré, à différentes reprises, qu'il ne suffit pas que le jury soit interrogé sur la question de savoir si les faits constitutifs de la banqueroute sont constants; « mais que l'existence de ces faits ne constitue la banqueroute frauduleuse qu'autant que le failli s'en est rendu *coupable*, c'est-à-dire qu'il les a commis de mauvaise foi [1]. »

2172. Quelques arrêts ont toutefois admis une distinction entre les faits qui supposent nécessairement la mauvaise foi, et ceux dont la perpétration n'emporte pas absolument une pensée frauduleuse. Dans le premier cas, il ne serait pas besoin que le jury déclarât que l'accusé est coupable; il suffirait que les faits fussent déclarés constants [2]. Il nous semble périlleux d'adopter cette distinction. Comment admettre en effet qu'un fait matériel puisse nécessairement entraîner la culpabilité de celui qui l'a commis, qu'il soit inutile de vérifier son intention? Toutes les actions n'ont-elles pas leurs nuances, ne peuvent-elles pas avoir leurs excuses? N'est-il pas possible que l'agent, tout en se livrant à des actes qui semblent supposer la fraude, n'ait fait que subir un entraînement excusable, ou l'empire de sa propre ignorance? Et puis quand, par voie de conséquence, on induirait de la seule existence du fait matériel une intention criminelle, est-il certain que les jurés auront fait cette induction? qu'ils auront vu autre chose qu'un fait matériel dans la déclaration de ce fait? qu'en déclarant le fait constant, ils auront voulu déclarer l'accusé coupable? En général, les déclarations du jury ne doivent être interprétées que par le jury lui-même; toutes les expressions ambiguës, vagues, incomplètes qu'elles renferment, ne peuvent servir de base à l'application d'une peine. Ce principe doit surtout être maintenu lorsque le doute porte sur la valeur morale d'un fait, sur

[1] Cass., 14 avril 1827, Bull. n. 83; et dans le même sens, Cass., 13 mai 1826, Bull. n. 16; 19 sept. 1828, Bull. n. 271.

[2] Cass., 13 mai 1826, Bull. n. 95; 14 avril 1827, Bull. n. 83; 15 juin 1866, Bull. n. 154.

la criminalité de l'agent; cette criminalité doit être nettement déclarée : il n'est point d'interprétation qui puisse remplacer cette constatation. Ainsi, en matière de banqueroute frauduleuse, la fraude ou, en d'autres termes, la culpabilité de l'agent, doit être expressément déclarée : elle ne peut implicitement résulter d'aucun fait, parce que ce fait, quoi qu'il soit, ne la suppose pas nécessairement, parce que la peine ne peut avoir pour base une induction tirée d'un fait; il faut que la culpabilité soit complétement établie par le jury.

2173. Le Code de commerce énumérant, dans les art. 69, 593 et 594, de nombreux cas de banqueroute frauduleuse, la loi du 28 mai 1838 a substitué à cette énumération une définition générale qui comprend tous les cas de dissimulation et de fraude, soit sur l'actif, soit sur le passif de la faillite. La soustraction des livres, qui fait naître une grave présomption de fraude, a seule été ajoutée à ces cas.

Les faits constitutifs de la banqueroute frauduleuse sont donc, sous la législation actuelle : 1° la soustraction des livres, cas qu'avait également prévu le § 7 de l'art. 593 du Code de commerce; 2° le détournement d'une partie de l'actif, qui doit comprendre, comme le n° 2 de l'art. 593 l'expliquait avant la loi nouvelle, le détournement de toute somme d'argent, de toute dette active, de toutes marchandises, denrées ou effets mobiliers; 3° la dissimulation d'une partie de l'actif, termes généraux nouvellement introduits dans la loi, et qui comprennent toutes les suppositions de dépenses ou de pertes, l'omission de recettes, la supposition de ventes ou de négociations; 4° enfin la reconnaissance frauduleuse de dettes supposées, soit dans les écritures du failli, soit par des actes publics ou privés, soit par le bilan.

2174. La Cour de cassation avait jugé, sous l'empire du Code de commerce, qu'un accusé de banqueroute frauduleuse, déclaré coupable par le jury d'avoir supposé des dettes passives et collusoires, en se constituant débiteur de créanciers fictifs par le bilan qu'il avait présenté et signé, n'était passible d'aucune peine [1]. En effet, le § 4 de l'art. 593 n'incriminait la sup-

[1] Cass., 3 juill. 1823, S.7,284; J.P.18.8

position de dettes que lorsqu'elle avait lieu par des écritures simulées, des actes publics ou des engagements sous signature privée. Il s'agissait donc, dans le système du Code, d'un acte préexistant constitutif d'un titre de créance au profit d'un tiers qui n'en aurait pas fourni la valeur, et au préjudice de la masse des créanciers : or la simple inscription d'une dette collusoire sur le bilan ne fournissait pas ce titre, et dès lors ne constituait pas un cas de banqueroute. Aujourd'hui, et d'après les termes précis de l'art. 591, le failli qui, *par son bilan*, s'est frauduleusement reconnu débiteur de sommes qu'il ne devait pas, peut être poursuivi pour banqueroute frauduleuse. Cette nouvelle disposition de la loi paraîtra peut-être rigoureuse ; car cette fausse énonciation ne dispense pas les tiers en faveur desquels elle est faite de produire les titres justificatifs de leurs créances : elle n'apporte donc aucun dommage réel aux créanciers ; elle ne diminue nullement leur gage. C'est une fraude coupable sans doute, mais qui, en définitive, ne cause aucun préjudice aux tiers.

2175. Si les faits de fraude sont postérieurs à la faillite, peuvent-ils néanmoins devenir un élément du crime, aussi bien que ceux qui l'ont précédée et ont eu pour objet de la préparer? L'affirmative ne peut faire aucun doute. On a vu en effet que, même en ce qui concerne la banqueroute simple, un fait postérieur à la faillite peut devenir la matière du délit. A plus forte raison doit-il en être ainsi en matière de banqueroute frauduleuse, où l'incrimination ne s'applique pas seulement aux actes de mauvaise administration, mais à tous les actes de fraude qui ont pour objet de spolier les créanciers. Or, la faillite peut n'être quelquefois qu'un moyen de consommer les détournements préjudiciables aux tiers. Ces détournements, qui sont le but principal du crime et qui le constituent, préparés par la faillite, peuvent donc ne s'accomplir souvent que postérieurement à son ouverture. Il est même certains faits de banqueroute dont l'existence suppose nécessairement la déclaration antérieure de la faillite ; telles sont la soustraction des livres et la supposition des dettes fictives dans le bilan. Il faut donc reconnaître, avec la Cour de cassation, « que la loi, en déterminant les faits qui caractérisent la banqueroute fraudu-

leuse, n'a pas excepté les cas où ces faits seraient postérieurs à l'ouverture de la faillite ; qu'au contraire, il en est plusieurs qui ne peuvent arriver qu'après cette époque, et ne peuvent appartenir qu'à un individu déjà constitué en état de faillite ; que les droits des créanciers et les obligations du failli à leur égard subsistent après l'ouverture de la faillite, tant qu'ils n'ont pas été éteints par un jugement ou par un abandon volontaire; que les faits de fraude commis par le failli ne sont ni moins répréhensibles, ni moins préjudiciables aux créanciers que ceux qui auraient précédé la faillite et auraient eu pour objet de la préparer ; qu'ils acquièrent même un caractère de plus de gravité, puisqu'ils s'exercent sur des biens dont le failli était dessaisi et dont la loi ne lui avait pas même conservé l'administration [1]. »

2176. Mais les faits définis par l'art. 591 du Code de commerce peuvent seuls donner lieu à une accusation de banqueroute frauduleuse. Les dispositions de cet article sont restrictives : tout acte, quelque criminel qu'il soit, qui n'a pas pour but la dissimulation de l'actif ou du passif de la faillite, qui ne constitue pas une fraude au préjudice de la masse, n'est pas un fait de banqueroute frauduleuse. Ainsi, les faux, les vols, les abus de confiance qui ont été commis par le failli dans un autre but, et qui ne portent pas préjudice à la masse elle-même, doivent être considérés comme des délits distincts de la banqueroute et qui rentrent dans les termes du droit commun. Cette distinction a été nettement établie par la loi du 28 mai 1838. L'art. 593 du Code de commerce avait disposé que le failli serait déclaré banqueroutier frauduleux, « si, ayant été chargé d'un mandat spécial, ou constitué dépositaire d'argent, d'effets de commerce, de denrées ou marchandises, il a, au préjudice du mandat ou dépôt, appliqué à son profit les fonds ou la valeur des objets sur lesquels portait soit le mandat, soit le dépôt. » Cette disposition a été rejetée par la loi nouvelle, et M. Renouard en a donné les motifs dans son rapport : « Ce délit envers des créanciers particuliers n'est point une fraude faite à a masse; c'est un délit privé que l'art. 408 du Code

[1] Cass., 5 mars 1813, S.4.294.

pénal a prévu et puni ; il rentre dans le cas général de banqueroute frauduleuse, lorsqu'il entraîne dissimulation de l'actif ou du passif. Pourquoi, si on l'admettait, ne pas attacher les mêmes conséquences aux crimes de vol, de faux et à tous autres ? Que doit-il arriver, si des condamnations sont intervenues à cet égard et ont été exécutées, ou si les faits qui ont entraîné la faillite ont été commis par des causes étrangères à ces délits ? Votre commission a pensé, avec le projet du gouvernement, que ces circonstances, quelque aggravantes qu'elles puissent être, appartiennent à un autre ordre de faits que la faillite et la banqueroute, et qu'elles doivent être régies par les dispositions du droit commun. »

2177. La banqueroute frauduleuse est un crime complexe qui se compose d'éléments différents ; il est donc nécessaire que chacun de ces éléments soit reconnu et constaté par le jury d'une manière distincte et séparée. En effet, les faits déterminés par la loi peuvent seuls constituer le crime, et dès lors il faut que la déclaration du jury porte la preuve de leur existence. Ainsi la déclaration du jury portant que l'accusé est coupable de banqueroute frauduleuse ne pourrait servir de base légale à une condamnation ; car le jury ne peut substituer aux éléments légaux du crime des éléments arbitrairement caractérisés par lui ; car il n'y a point de crime de banqueroute frauduleuse dans notre législation, si l'accusé n'est pas commerçant, s'il n'est pas en état de faillite, et s'il n'a pas commis l'un des faits énumérés par l'art. 591 du Code de commerce. Telle a été aussi la doctrine constante de la Cour de cassation ; elle l'a fondée sur ce « que la banqueroute frauduleuse est un fait moral qui ne peut se constituer que par l'un ou plusieurs des faits déterminés par le Code de commerce ; qu'il n'appartient pas aux jurés de décider si l'accusé est ou non coupable de banqueroute frauduleuse, sans avoir prononcé sur les faits qui caractérisent ce crime ; qu'ainsi il est du devoir du président de proposer à leur solution les faits et les circonstances qui en sont caractéristiques [1]. « Il a été reconnu en même temps que le jury ne doit pas être consulté par une question

[1] Cass., 11 juill. 1816, Bull. n. 41, S.5.217.

spéciale sur le point de savoir si le prévenu était en état de faillite, et qu'il suffit que la question générale énonce qu'il était commerçant failli, « attendu que le jury, en répondant affirmativement à cette question, reconnaît l'état de commerçant failli ; que le fait de faillite, ne constituant pas un délit, ne doit pas être l'objet d'une question spéciale et distincte [1] ; — mais qu'il ne suffirait pas que le négociant failli fût déclaré coupable d'avoir *dissipé* une partie de son actif, « attendu que l'art. 591 ne déclare banqueroutier frauduleux que le négociant failli qui a *détourné* ou *dissimulé* une partie de son actif ; que cette définition ne comprend nullement le fait d'avoir *dissipé* au préjudice de ses créanciers tout ou partie de ses biens [2] ; » — que néanmoins la question est régulièrement posée lorsqu'elle reproduit les termes de l'art. 591, et que si, dans ce cas, le caractère frauduleux des détournements et dissimulations n'est pas expressément énoncé, ce caractère ressort nécessairement, d'une part, de la qualification donnée au fait, et, d'autre part, du mot *coupable* dont se sert la question [3].

2178. La tentative de banqueroute frauduleuse est punissable comme le crime même. L'art. 2 du Code ne fait en effet aucune exception, et l'application de cet article à la banqueroute fraudulense, consacrée par la jurisprudence sous la loi du 22 prairial an IV [4], devrait l'être à plus forte raison sous la législation actuelle, qui a simplifié l'incrimination. Il n'en serait plus ainsi de la tentative de banqueroute simple qui, aux termes de l'art. 3, ne pourrait être saisie qu'autant qu'une disposition formelle de la loi spéciale l'aurait autorisé.

2179. Les peines de la banqueroute simple sont un emprisonnement d'un mois à deux années ; celles de la banqueroute frauduleuse sont les travaux forcés à temps. La première de ces peines, qui place sur le même plan une infraction presque matérielle, une simple fraude et les délits d'abus de confiance, serait évidemment trop sévère, si les juges n'avaient pas la

[1] Cass., 30 août 1849, Bull. n. 227.
[2] Cass., 13 janv. 1854, Bull. n. 9.
[3] Cass., 21 déc. 1854, Bull. n. 352.
[4] Cass., 26 mess. an VIII, J.P.1 678.

faculté d'abaisser indéfiniment son *minimum*. La sévérité de la seconde s'explique par des motifs particuliers. La banqueroute frauduleuse n'est en elle-même qu'une sorte d'abus de confiance : le commerçant, mettant à profit les prêts et les crédits qui lui ont été faits, abusant des avances qu'il a reçues, des consignations qui lui ont été remises, détourne les deniers et les marchandises, et spolie ses créanciers. Cet abus de confiance prend un caractère plus grave, à raison de la qualité de l'agent, de la facilité que cette qualité lui a donnée pour le consommer, de la confiance nécessaire qui préside aux transactions commerciales, et de la protection que réclament ces transactions. Telles sont aussi les raisons exposées par le législateur : « Quant à la banqueroute frauduleuse, porte l'exposé des motifs du Code, la peine est sevère : ce sont les travaux forcés à temps. La morale publique, l'intérêt général et privé, une foule de considérations de premier ordre, réclament ici une punition capable d'effrayer les vues cupides et basses qui amènent toujours ces sortes d'événements. Quand on songe à la défaveur, à l'espèce d'opprobre que ce crime, quand il se renouvelle souvent, répand sur le commerce dont il bannit toute sûreté, aux abus énormes qu'on en fait et qu'on pourrait tenter d'en faire encore pour élever des fortunes scandaleuses, au prix des larmes et du désespoir de tant de citoyens recommandables ; quand on réfléchit sur le discrédit et la déconsidération dont la fréquence des banqueroutes suffit pour frapper toute une nation aux yeux de l'étranger, on ne peut regarder les travaux forcés à temps comme trop forts pour punir un tel crime, ou, ce qui vaudrait mieux, pour le prévenir. » La loi du 28 mai 1838 n'a modifié que les éléments du crime ; elle a maintenu les peines.

2180. Nous arrivons maintenant au cas où la banqueroute frauduleuse est préparée ou commise par d'autres personnes que le failli lui-même. Nous disons la banqueroute frauduleuse, parce que, comme nous l'avons dit, la loi ne reconnaît point de complicité de la banqueroute simple. (*Voy.* nos 2169 et 2170.)

L'art. 403 du Code pénal est ainsi conçu : « Ceux qui, conformément au Code de commerce, seront déclarés complices

de banqueroute frauduleuse, seront punis de la même peine que les banqueroutiers frauduleux.

Cet article avait eu pour but de renvoyer à l'art. 597 du Code de commerce. En effet, cet art. 597 avait été littéralement transcrit dans le projet du Code pénal. Quand ce projet fut discuté au Conseil d'État, M. de Ségur fit observer que cette disposition appartenait au Code de commerce. M. Treilhard répondit qu'en effet elle en était littéralement copiée. M. Cambacérès dit alors qu'on pourrait se borner à renvoyer à ce Code, et cet amendement, qui fut adopté, est devenu l'art. 403 [1].

Or l'art. 597 du Code de commerce déclarait complices de banqueroute frauduleuse : « les individus qui seront convaincus de s'être entendus avec le banqueroutier pour recéler ou soustraire tout ou partie de ses biens meubles ou immeubles ; d'avoir acquis sur lui des créances fausses, et qui, à l'affirmation et à la vérification de leurs créances, auront persévéré à les faire valoir comme sincères et véritables. »

Il résultait de ces textes : 1° que les cas de complicité de banqueroute frauduleuse se trouvant restrictivement énoncés par cet art. 597, il n'était pas permis de recourir, en cette matière, aux règles générales de l'art. 60 du Code pénal ; en effet l'art. 403 n'aurait eu aucun sens s'il avait été licite de rechercher en dehors du Code de commerce les éléments de la complicité de ce crime [2] ; 2° que le fait de détournement ou de recélé des biens du failli ne suffit pas pour constituer la complicité ; qu'il fallait que ce détournement ou ce recélé eût été le résultat d'un concert frauduleux entre le failli et son complice [3] ; 3° qu'enfin, à défaut de ce concert, de recélé ou le détournement ne pouvait être incriminé qu'à titre de vol simple, ou qualifié suivant les circonstances, et comme un fait distinct de la banqueroute frauduleuse [4].

[1] Procès-verbaux du Conseil d'État, séance du 8 déc. 1808.

[2] Carnot, Comm. du Code pénal, t. 2, p. 363 ; et Cass., 17 mars 1831, Devill. et Car., 1831.1.237.

[3] Cass., 10 fév. 1827, Bull. n. 35 ; 17 mars 1831, Devill. et Car., 1831.1.257 ; 22 janv. 1830, Journ. crim., p. 159.

[4] Même arrêt, et Cass., 14 janv. 1820, Bull. n. 7.

2181. Ces principes ont été modifiés par la loi du 28 mai 1838. En premier lieu la règle qui renfermait les cas de complicité dans les termes de l'article du Code de commerce n'existe plus. Le § 1er du nouvel art. 593 de ce Code ajoute en effet, après avoir énoncé un fait qui peut rentrer dans les cas de complicité : *Le tout sans préjudice des autres cas prévus par l'art. 60 du Code pénal.* Cette disposition ramène évidemment la complicité de la banqueroute frauduleuse dans les termes du droit commun ; l'art. 403 du Code pénal est une disposition morte et n'a plus aucun sens ; son renvoi au Code de commerce n'a d'autre résultat que de faire trouver dans ce Code un autre renvoi à l'art. 60 du Code pénal. C'est donc dans ce dernier article qu'il faut chercher désormais les éléments de la complicité de la banqueroute frauduleuse ; et par conséquent cette complicité se forme soit par les actes de provocation énoncés dans cet article, soit en fournissant les moyens qui ont servi à l'accomplissement du crime, soit enfin en aidant ou assistant le failli avec connaissance dans les faits qui ont préparé, facilité ou consommé la banqueroute. Nous ne pouvons dès lors que renvoyer pour l'examen de ces règles à notre chapitre de la *complicité.* Néanmoins il est utile de noter ici l'application qui en a été faite en matière de banqueroute frauduleuse. Il a été admis d'abord, contrairement à une jurisprudence antérieure, que la règle qui veut que l'acquittement de l'auteur principal ne fasse pas obstacle à la poursuite des complices, s'applique à ce crime, « attendu qu'il n'est pas dérogé à ce principe en matière de banqueroute ; qu'en effet, les art. 591 et 593 ne contiennent sur ce point aucune exception ; que c'est vainement que l'on chercherait le principe même de cette exception dans la disposition de l'art. 591, qui porte que le détournement prévu par cet article n'est punissable qu'autant que le détournement est commis par le failli lui-même ; qu'en effet, cette disposition, qui se borne à caractériser le crime en matière de banqueroute, laisse intact le droit d'appréciation du jury et ne saurait surtout avoir pour effet d'apporter une entrave quelconque à la pleine et entière liberté de ses jugements ; que l'on doit seulement en conclure que, dans le cas d'une réponse négative à l'égard du failli auteur du détourne-

ment, il faut, pour que la peine puisse être légalement appliquée au fait de culpabilité déclaré constant à l'égard du complice, que la question comprenne, indépendamment de tous les éléments constitutifs de la criminalité, cet autre élément spécial que le détournement a été commis par le failli lui-même [1]. »

Ensuite il a été également reconnu que tous les modes de complicité, tels qu'ils sont définis par l'art. 60, s'appliquent à la banqueroute frauduleuse. Telle est la complicité par aide et assistance, ou par provocation manifestée par promesses ou menaces, ou par instructions données [2]. Il suffit, dans ce cas, que le complice soit déclaré coupable du fait d'assistance ou de provocation déterminé par la loi ; il est inutile d'ajouter qu'il a agi dans l'intérêt du failli.

2182. Mais, à côté de ce principe nouveau, la loi du 28 mai 1838 a incriminé, en leur appliquant les peines de la banqueroute frauduleuse, mais en les considérant comme des faits principaux et dictincts de ce crime, trois actes qui se rattachent à sa perpétration.

L'art. 593 du Code de commerce, rectifié par cette loi, déclare en effet passibles de la banqueroute frauduleuse : « 1° les individus convaincus d'avoir, dans l'intérêt du failli, soustrait, recélé ou dissimulé tout ou partie de ses biens meubles ou immeubles; 2° les individus convaincus d'avoir frauduleusement présenté dans la faillite et affirmé, soit en leur nom, soit par interposition de personnes, des créances supposées ; 3° les individus qui, faisant le commerce sous le nom d'autrui ou sous un nom supposé, se seront rendus coupables des faits prévus en l'art. 591.

Le but de cette disposition a été, au moins dans ses deux premiers alinéa, de soustraire l'action publique à la condition de prouver un concert frauduleux entre les tiers et le failli. Le détournement des biens de la faillite et la supposition de créances

[1] Cass., 9 fév. 1833, Bull. n. 33 ; et conf. 5 mars 1841, Bull. n. 53; 3 juin 1843, Bull. n. 131 ; 19 sept. 1856, Bull. n. 318 ; 25 juin 1857, Bull. n. 241.

[2] Cass., 21 déc. 1854, Bull. n. 352 ; 25 juin 1857, Bull. n. 241.

constituent, d'après cet article, le crime principal de banqueroute frauduleuse, lors même qu'ils ont été commis par des tiers; ainsi ces faits, bien qu'ils supposent par eux-mêmes un lien de complicité avec le failli, peuvent être poursuivis maintenant indépendamment des poursuites qui peuvent être dirigées contre le failli; ils forment un crime distinct, un acte de banqueroute qui n'inculpe que celui qui l'a commis, et qui donne lieu à une action séparée de l'action en banqueroute frauduleuse.

Le sens de cette disposition a été clairement expliqué dans un arrêt qui dispose « qu'avant la loi du 28 mai 1838, la complicité de banqueroute frauduleuse consistait, suivant la définition de l'ancien art. 597 du Code de commerce, à s'entendre avec le banqueroutier pour recéler ou soustraire tout ou partie de ses biens meubles ou immeubles; qu'ainsi elle ne pouvait résulter que d'un concert avec le failli; que, par une conséquence nécessaire, l'acquittement du failli accusé d'avoir détourné une partie de son actif ne permettait pas de déclarer coupable celui qui était accusé de s'être entendu avec lui pour opérer ce détournement, ces deux décisions étant contradictoires et inconciliables; mais que la loi de 1838, dans son art. 593, a remplacé par des dispositions différentes celles de l'ancien art. 597; qu'il suffit aujourd'hui, en ce qui concerne les détournements, que les biens meubles ou immeubles du failli aient été soustraits ou recélés dans son intérêt, pour que l'auteur de ces soustractions ou recélés encoure les peines de la banqueroute frauduleuse, sans que la loi exige qu'il y ait eu concert à cet effet entre lui et le failli [1]. »

2183. Il est nécessaire que le détournement prévu par le premier alinéa ait été commis *dans l'intérêt du failli;* car s'il avait été commis dans l'intérêt de l'agent lui-même, ce serait un vol et non plus un acte de banqueroute; mais il n'est pas nécessaire que le failli ait connu cet acte : le crime peut avoir été commis à son insu. Cela a été reconnu par un arrêt qui déclare « qu'il ressort de l'ensemble des modifications appor-

[1] Cass., 2 mai 1840, Bull. n. 125; et arrêts antérieurs contraires, Cass., 10 déc. 1836, Bull. n. 385, et 21 déc. 1837, Bull. n. 436.

tées par la loi du 28 mai 1838 à cette partie de la législation commerciale, qu'elles ont eu pour objet d'atteindre, indépendamment de toute participation criminelle du failli, divers actes émanés directement des tiers et relatifs à la faillite [1]. » Mais il faut que ces actes, pour rentrer dans les termes de cette disposition de la loi, aient été accomplis *dans l'intérêt du failli*. C'est ce qui a été établi par un arrêt qui décide « que l'art. 403 du Code pénal ne punit comme complices de banqueroute frauduleuse que ceux qui ont été déclarés tels *conformément au Code de commerce*, ce qui exclut implicitement, à l'égard de ce genre de crime, les autres modes de complicité non indiqués dans ce dernier Code; que l'art. 593, n° 1, du Code de commerce n'applique les peines de la banqueroute frauduleuse à celui qui a recélé en tout ou partie les biens du failli, que quand l'action a été commise dans l'intérêt de celui-ci; que si cet article renvoie ensuite à l'art. 60 du Code pénal, qui prévoit la complicité par aide et assistance et par les autres modes qu'il énumère, il ne renvoie nullement à l'art. 62, et il laisse au contraire le recélé d'objets dépendant de faillite sous l'empire de la règle qu'il vient d'établir [2]. »

2184. La supposition de créances doit également avoir été commise dans l'intérêt du failli, quoique la loi ne l'ait pas répété; il est évident que cette supposition, faite dans l'intérêt personnel du tiers, ne serait plus qu'un acte étranger à la faillite et qui aurait le caractère d'un crime de faux. Telle est aussi la solution implicite d'un arrêt qui porte « que les peines de la banqueroute frauduleuse, aux termes du n° 2 de l'article 393, sont encourues par les individus qui présentent frauduleusement dans la faillite et y affirment des créances supposées; que ce fait, s'il suppose dans l'origine une participation du failli, ne prend cependant le caractère de crime que par une circonstance entièrement personnelle à son auteur, c'est-à-dire par sa persistance à une simulation qui peut, à l'égard du failli et par suite de circonstances qui lui seraient

[1] Cass., 3 juin 1843, Bull. n. 131.
[2] Cass., 18 mars 1852, Bull. n. 97; 21 déc. 1854, Bull. n. 352.

personnelles, avoir cessé d'être frauduleuse[1]. » Si la présentation et l'affirmation de la créance ont eu lieu par une personne interposée, cette personne peut être poursuivie comme complice, si elle a agi sciemment; mais il ne faut pas perdre de vue que, dans le cas prévu par ce paragraphe, c'est la fausse affirmation de la créance qui constitue le crime.

2185. Le troisième alinéa de l'art. 593 prévoit un cas particulier, celui où l'agent a fait le commerce sous le nom d'autrui ou sous un nom supposé. Il ne sera plus protégé par la nécessité de mettre en cause un auteur principal imaginaire; il sera poursuivi lui-même comme auteur principal de la banqueroute. « De grands scandales, dit M. Renouard, ont rendu nécessaire la nouvelle précision contenue dans cet alinéa. On a vu abriter d'immenses affaires sous le nom de ces gens qu'on appelle vulgairement *hommes de paille*. Ces éditeurs responsables, seuls revêtus de la qualification de commerçants, et paraissant seuls comme faillis, étaient livrés moyennant salaire aux chances de la vindicte des lois, à laquelle une fuite préparée à temps parvenait presque toujours à les soustraire, tandis que le vrai commerçant, le vrai failli, le vrai banqueroutier, couvert par l'absence légale de son nom, jouissait du fruit de ses rapines à la face des créanciers dépouillés[2]. »

2186. L'art. 594 contient une exception à ces dispositions, en ce qui concerne le détournement ou le recélé des effets appartenant à la faillite : lorsque ce fait a été commis par le conjoint, les descendants ou les ascendants du failli, ou ses alliés au même degré, et lorsqu'ils n'ont point agi de complicité avec le failli, les peines sont celles du vol, et par conséquent le fait n'est plus considéré dans ce cas que comme un simple délit. Cette disposition tempère, en faveur du conjoint et des ascendants et descendants du failli, les peines portées par le premier paragraphe de l'art. 593. L'affection qui lie les coupables au failli atténue la criminalité des détournements; ce n'est qu'au cas de connivence avec le failli que la règle commune reprend

[1] Cass., 2 mai 1840, Bull. n. 125.
[2] Tome 2, p. 479.

son empire[1]. La même disposition a encore un autre objet : c'est de déclarer inapplicable dans ce cas l'art. 380 ; car le vol est fait à la masse des créanciers et non à la personne du failli[2].

2187. La loi de 1838 a établi encore deux nouveaux délits : le délit de malversation du syndic et le délit de stipulation illicite d'un créancier avec le failli. Le premier de ces délits fait l'objet de l'art. 596 du Code de commerce ainsi conçu : « Tout syndic qui se sera rendu coupable de malversation dans sa gestion sera puni correctionnellement des peines portées en l'art. 406 du Code pénal. » C'est là un abus de confiance dont nous établirons les caractères dans notre chapitre LXXVI. Le second délit est prévu par l'art. 597, qui porte : « Le créancier qui aura stipulé, soit avec le failli, soit avec toutes autres personnes, des avantages particuliers à raison de son vote dans les délibérations de la faillite, ou qui aura fait un traité particulier duquel résulterait en sa faveur un avantage à la charge de l'actif du failli, sera puni correctionnellement d'un emprisonnement qui ne pourra excéder une année et d'une amende qui ne pourra être au-dessus de 2,000 francs. L'emprisonnement pourra être porté à deux ans si le créancier est syndic de la faillite. » Il a été jugé que cet article est applicable au créancier qui stipule des avantages particuliers pour renoncer à son opposition à l'homologation du concordat[3] ; — à celui qui exige une garantie spéciale de sa créance comme condition de l'avis favorable qu'il est appelé à émettre sur l'excusabilité du failli[4]. Il faut prendre garde toutefois que les conventions qui auraient été faites avant la faillite ne tomberaient pas sous le coup de cet article, à moins qu'elles n'eussent été passées en vue de cette faillite[5].

2188. La banqueroute frauduleuse reçoit une aggravation

[1] Cass., 2 avril 1853, Bull. n. 121 ; 19 avril 1849, Bull. n. 87 ; 22 avril 1858, Bull. n. 129.

[2] Cass., 27 août 1858, Bull. n. 243.

[3] Cass., 4 fév. 1843, Bull. n. 27.

[4] Cass., 10 mars 1852, Bull. n. 105.

[5] Cass. ch. civ., 17 avril 1843, 8 août 1848, 17 avril 1849.

de la qualité de son auteur, lorsqu'il est *agent de change ou courtier*. L'art. 404 porte : « Les agents de change et courtiers qui auront fait faillite seront punis de la peine des travaux forcés à temps ; s'ils sont convaincus de banqueroute frauduleuse, la peine sera celle des travaux forcés à perpétuité. »

La raison de cette aggravation est puisée dans l'interdiction de se livrer, pour leur compte, à des opérations de commerce ou de banque, qui est imposée aux agents de change et aux courtiers par les art. 85 et 86 du Code de commerce; de sorte que leur faillite dénonce à la justice une violation de leurs devoirs, abstraction faite des circonstances qui l'ont accompagnée. L'art. 89 du même Code ajoute même, comme une conséquence de cette interdiction, « qu'en cas de faillite, tout agent de change ou courtier est poursuivi comme banqueroutier. »

M. Carnot a pensé que ce dernier terme ne s'appliquait qu'à la banqueroute simple ; que ces mots : *qui auront fait faillite*, signifient : *qui seront convaincus de banqueroute simple.* « Il ne pourrait entrer, en effet, dit cet auteur, dans l'esprit d'une personne raisonnable, de faire punir des travaux forcés à temps un agent de change ou un courtier que des malheurs imprévus auraient contraint de cesser des paiements. Ce qu'a simplement voulu le législateur, c'est qu'à leur égard la peine fût aggravée lorsqu'ils se seraient rendus coupables d'une véritable banqueroute [1]. »

Cette opinion est complétement erronée. Dans le projet du Code pénal, les agents de change et les courtiers étaient assimilés aux simples commerçants, en ce qui concerne les peines de la banqueroute simple et frauduleuse. Lorsque le projet vint au Conseil d'Etat, un membre (M. Jaubert) rappela que l'art. 89 du Code de commerce déclarait banqueroutier tout agent de change ou courtier en faillite, sans préciser toutefois s'il serait passible des peines de la banqueroute simple ou frauduleuse, et il proposa de lui appliquer, pour le seul fait de la faillite, les peines de la banqueroute frauduleuse. « Cette distinction, dit-il, entre les deux espèces de banqueroute, est

[1] Comm. du Code pénal, t. 2, p. 365.

fondée à l'égard du négociant; il est juste qu'à l'égard de ceux qui par état sont exposés à des chances, on distingue entre le crime et le malheur. Mais elle serait mal appliquée, si on l'étendait aux agents de change : la loi défend à ceux-ci de faire le commerce; il semble en conséquence que, lorsqu'ils viennent à faillir, ils doivent toujours être punis comme banqueroutiers frauduleux. » Cette opinion, appuyée par M. Treilhard et par M. Cambacérès, fut attaquée par MM. Corvetto, de Ségur et Louis, qui objectèrent que s'il convient que l'agent de change soit puni plus sévèrement parce qu'il a commis une première faute, celle de contrevenir à la loi, ce n'est pas un motif pour le déclarer dans tous les cas banqueroutier frauduleux, car il peut n'avoir pas commis de fraude, et la loi ne doit pas supposer nécessairement un fait qui n'existe pas toujours. L'article et les observations furent renvoyés à la section chargée de la rédaction du projet [1].

La section présenta un article ainsi conçu. « Les agents de change et courtiers qui auront fait faillite seront toujours considérés comme banqueroutiers frauduleux et punis comme tels. » On objecta de nouveau, dans le sein du Conseil d'Etat, qu'il n'était pas juste de punir le malheur comme la fraude; qu'on donnait intérêt à l'agent de change de se constituer banqueroutier frauduleux, lorsqu'il se verrait sur le point de faillir; que l'aggravation des peines ne serait pas conservée, si un événement accidentel était confondu avec le vol dans une même disposition. Il fut répondu qu'il y a fraude par cela seul qu'un agent de change ou un courtier négocie pour son compte; qu'il est d'ailleurs probable, dans ce cas, qu'il ne fait ses affaires qu'aux dépens de ses clients, et parce qu'il joue sur leurs fonds. Néanmoins, M. Defermon, en se fondant sur la différence qui sépare l'agent intermédiaire qui manque par accident et celui qui manque avec intention, proposa de condamner le premier aux travaux forcés à temps, et le second aux travaux forcés à perpétuité [2]. Cet amendement fut adopté et devint l'article actuel.

[1] Procès-verbaux du Conseil d'État, séance du 29 nov. 1808.
[2] Procès-verbaux du Conseil d'État, séance du 8 sept. 1809.

Toutefois la commission du Corps législatif proposa de substituer, dans cet article, au mot *faillite* celui de *banqueroute simple*. Elle fit remarquer que la faillite n'est pas par elle-même un crime ou un délit, si elle n'est accompagnée des circonstances qui la rangent dans la classe de la banqueroute et, que cette substitution était motivée par les principes généraux du Code de commerce [1]. Le Conseil d'Etat maintint le mot *faillite* [2], et M. Faure déclare en conséquence, dans l'exposé des motifs du Code, que « la simple faillite de la part de l'agent de change ou du courtier emporte la peine des travaux forcés à temps. » Il est donc impossible qu'il subsiste aucun doute sur le sens de l'art. 404.

[1] Observ. de la commiss. législ., Locré, t. 31, p. 122.
[2] Procès-verbaux du Conseil d'État, séance du 18 janv. 1810.

CHAPITRE LXXV.

DE L'ESCROQUERIE.

(*Commentaire de l'art. 405 du Code pénal.*)

§ Ier. — *Caractères généraux du délit.*

§ II. — *Emploi de faux noms et de fausses qualités.*

§ III. — *Manœuvres frauduleuses.*

§ IV. — *De la remise des valeurs et de leur détournement.*

---

§ Ier. — *Caractères généraux du délit.*

2189. Notre ancienne jurisprudence appliquait la qualification d'*escroquerie* à cette classe de larcins qui se commettent soit par adresse dans les lieux publics, soit dans les maisons particulières, par des individus qui s'y sont introduits sous différents prétextes [1]. Cette dénomination avait remplacé les mots de *saccularii* ou *directarii* que leur donnait la loi romaine : *Saccularii qui vetitas in sacculo artes excellentes subducunt, partem subtrahunt ; item qui directarii appellantur, hoc est hi qui in alienâ cœnaculâ se dirigunt furandi animo* [2].

[1] Muyart de Vouglans, Lois crim., p. 292.
[2] L. 7 au Dig. de extraord. crim.

2190. La législation de 1791, en conservant cette qualification, a modifié les éléments du délit : elle a compris sous le nom d'*escroquerie* ces fraudes, ces manœuvres qui, en se proposant pour but la soustraction du bien d'autrui, ne cherchent à l'accomplir qu'en provoquant une confiance aveugle dont elles abusent avec perfidie.

Cette incrimination, à raison du nombre infini de ces fraudes, des formes variées qu'elles revêtent, des circonstances diverses qui les accompagnent, présentait un double écueil. Il fallait que ses termes fussent assez étendus pour comprendre toutes celles que le législateur voulait atteindre, et assez précis pour indiquer clairement la limite où il prétendait s'arrêter.

L'art. 35 du titre 2 de la loi du 16-22 juillet 1791 n'avait rempli que la première de ces conditions. Cet article était ainsi conçu : « Ceux qui, par dol, où à l'aide de faux noms, ou de fausses entreprises, ou d'un crédit imaginaire, ou d'espérances et de craintes chimériques, auraient abusé de la crédulité de quelques personnes, et escroqué la totalité ou partie de leur fortune, seront poursuivis devant les tribunaux de district ; et si l'escroquerie est prouvée, le tribunal de district, après avoir prononcé les restitutions et les dommages-intérêts, est autorisé à condamner, par voie de police correctionnelle, à une amende qui ne pourra excéder 5,000 livres, et à un emprisonnement qui ne pourra excéder deux ans. »

Cette disposition en incriminant tous ceux qui, par dol, avaient abusé de la crédulité et escroqué partie de la fortune d'autrui, ouvrait la porte à toutes les plaintes, à tous les griefs. Aucune loi n'a donné lieu à plus de contestations de la part des parties, à plus d'erreurs de la part des juges. Cette expression vague de dol permettait d'atteindre toutes les espèces de fraudes, même celles qui, sans être jamais légitimes, sont trop légères ou trop insaisissables pour que la loi pénale doive chercher à les punir, ou qui ne peuvent être poursuivies sans attaquer la foi due aux conventions. Cette confusion s'augmentait à raison de l'attribution donnée aux tribunaux civils de statuer sur ces fraudes, et de la disposition qui rendait l'action répressive secondaire et accessoire à l'action civile ; de sorte qu'il semblait qu'il s'agissait moins de punir un délit caracté-

risé, que de réprimer les manœuvres et les ruses qui sont trop souvent employées dans les transactions civiles, mais qu'il est si difficile de constater.

2191. La Cour de cassation lutta avec persévérance contre ce texte trop vague et contre les interprétations auxquelles il donnait lieu. Elle ne parvint pas sans doute à établir une limite précise, mais du moins elle indiqua les caractères du dol criminel, en distinguant les faits qui caractérisaient ce dol et ceux qui ne pouvaient motiver qu'une poursuite civile. La loi du 7 frimaire an II, en attribuant la connaissance de l'escroquerie aux tribunaux correctionnels, contribua à fortifier cette distinction.

Il existe en effet deux espèces de dol, qu'on peut appeler le *dol civil* et *dol criminel*, d'après l'action à laquelle l'un et l'autre peuvent donner lieu. Le premier comprend en général toutes les ruses et tous les artifices qui, blâmables sans doute en eux-mêmes, sont néanmoins employés moins dans la vue de nuire à autrui que dans le dessein de servir les intérêts de celui qui en fait usage. C'est dans cette classe qu'il faut ranger les actes simplement mensongers, la simulation dans les contrats, l'exagération du prix ou des qualités de la chose vendue. La loi pénale n'a pas atteint cette espèce de dol, malgré son immoralité, non-seulement parce qu'il est facile de s'en défendre, mais parce que toute tentative de répression nuirait à la sécurité des conventions. Le dol criminel ne se manifeste pas seulement par la simulation et la ruse ; il emploie des manœuvres coupables ; il tend des piéges, il cherche à circonvenir, à tromper ; il n'a qu'un but, c'est de nuire aux intérêts d'autrui.

2192. Le législateur de 1810 a supprimé le mot *dol*, qui s'appliquait également au dol civil et criminel, et il a cherché à préciser les faits caractéristiques du dol criminel. « On a tâché, dans la nouvelle définition de ce qui constitue le délit d'escroquerie, a dit M. Faure dans l'exposé des motifs du Code, d'éviter les inconvénients qui étaient résultés des rédactions précédentes. Celle de la loi du 16-22 juillet 1791 était conçue de manière qu'on en a souvent abusé, tantôt pour convertir les procès civils en procès correctionnels, et par là procurer à

la partie poursuivante la preuve testimoniale et la contrainte par corps, au mépris de la loi générale, tantôt pour éluder la poursuite de faux en présentant l'affaire comme une simple escroquerie, et par là procurer au coupable une espèce d'impunité, au grand préjudice de l'ordre public. Cet abus cessera sans doute d'après la rédaction du nouveau Code. La suppression du mot *dol*, qui se trouvait dans les deux premières rédactions, ôtera tout prétexte de supposer qu'un délit d'escroquerie existe par la seule intention de tromper. En approfondissant les termes de la définition, on verra que la loi ne veut pas que la poursuite en escroquerie puisse avoir lieu sans un concours de circonstances et d'actes antécédents qui excluent toute idée d'une affaire purement civile. »

Le dol ne peut donc être incriminé, dans le système du Code pénal, que dans le cas où il se présente accompagné des faits et des circonstances que la loi a prévus et définis. « Le dol, a dit Merlin, ne peut être poursuivi, soit par la voie correctionnelle, soit par la voie criminelle que dans le cas où il est le résultat de faits qui constituent un délit caractérisé par la loi, et qui ont été la cause productive de l'acte que l'on présente comme l'ouvrage du dol même [1]. »

L'art. 405 est ainsi conçu : « Quiconque, soit en faisant usage de faux noms ou de fausses qualités, soit en employant des manœuvres frauduleuses pour persuader l'existence de fausses entreprises, d'un pouvoir ou d'un crédit imaginaire, ou pour faire naître l'espérance ou la crainte d'un succès, d'un accident ou de tout autre événement chimérique, se sera fait remettre ou délivrer ou aura tenté de se faire remettre ou délivrer des fonds, des meubles ou des obligations, billets, promesses, quittances ou décharges, et aura, par un de ces moyens, escroqué ou tenté d'escroquer la totalité ou partie de la fortune d'autrui, sera puni d'un emprisonnement d'un an au moins et de cinq ans au plus, et d'une amende de cinquante francs au moins et de trois mille francs au plus. »

2193. Il résulte de ce texte que trois faits distincts sont nécessaires pour l'existence du délit :

[1] Rép. de jurisp., v° Escroquerie.

L'emploi de moyens frauduleux ;

Le fait de se faire remettre ou de tenter de se faire remettre des valeurs obtenues à l'aide de ces moyens ;

Le détournement ou la dissipation de ces valeurs, qui consomme l'escroquerie ou la tentative de ce détournement.

Nous allons successivement développer ces trois éléments, dans lesquels se résume toute l'incrimination.

Les moyens frauduleux employés pour amener la remise ou la délivrance des valeurs sont de deux espèces :

L'usage de *faux noms* ou de *fausses qualités* ;

L'emploi des *manœuvres frauduleuses* destinées à persuader l'existence de fausses entreprises, d'un pouvoir ou d'un crédit imaginaire, ou à faire naître l'espérance ou la crainte d'un succès, d'un accident ou de tout autre événement chimérique.

§ II. — *De l'usage de faux noms ou de fausses qualités.*

2194. L'usage de faux noms ou de fausses qualités constituait, dans le droit romain et dans l'ancienne jurisprudence, le crime de faux, soit qu'il eût été fait verbalement ou par écrit. La règle posée à l'égard de l'usage de faux noms par Papinien est absolue : *Falsi nominis aut cognominis adseveratio pœnâ falsi coercetur*[1]. Cette règle avait passé dans la pratique : « Celui qui prend, dit Jousse, le nom d'une autre personne, et qui se dit faussement être celui dont il prend le nom, est punissable de la peine de faux[2]. » Le même auteur ajoute : Ceux qui prennent une qualité qu'ils n'ont point, pour tromper les autres, sont aussi coupables du crime de faux. » Ainsi, suivant Farinacius, celui qui se présentait chez une personne en se prétendant son créancier, et qui exigeait le paiement d'une dette imaginaire; celui qui, prenant la fausse qualité de mandataire d'un tiers, recevait frauduleusement le paiement

[1] L. 13, Dig. ad leg. com. de falsis.

[2] Traité des mat. crim., t. 2, p. 364. V. aussi Cujas, ad leg. 13, Dig. ad. leg. com. de falsis ; Farinacius, quæst. 150, num. 86 ; Menochius, de arb., quæst. cas. 318; Damhouderius, ch. 123, n. 1, p. 389.

d'une somme due à ce tiers, ces deux agents commettaient le crime de faux [1].

Dans notre législation, cette qualification n'appartient plus à ces faits, si ce n'est dans certains cas qu'il importe de préciser.

L'art. 35 de la loi du 16-22 juillet 1791 rangeait, en général, dans la classe des escroqueries, les abus de crédulité commis *à l'aide de faux noms*. Cette disposition avait eu pour résultat d'éluder la poursuite du faux dans des affaires qui présentaient le caractère de ce crime. La loi du 7 frimaire an II eut pour objet de remédier à cet inconvénient. L'art. 35 fut rectifié en ces termes : « Ceux qui, par dol ou à l'aide de faux noms *pris verbalement et sans signature*, ou de fausses entreprises..., etc. » Ainsi la distinction paraissait nette et précise : l'usage de faux noms était un crime de faux ou un délit d'escroquerie, suivant qu'il avait eu lieu verbalement ou par écrit, avec ou sans signature.

2195. Le projet du Code pénal avait reproduit cette disposition. L'art. 405 commençait en ces termes : « Quiconque, *soit en se donnant verbalement et sans signature* de faux noms ou de fausses qualités... » Cette restriction fut attaquée dans le Conseil d'Etat ; nous reproduisons le texte du procès-verbal : « M. Defermon demande pourquoi la disposition est restreinte à ceux qui prennent de fausses qualités *verbalement et sans signature*. On peut se donner une qualité fausse par sa signature même, à l'effet de commettre une escroquerie ; par exemple, un particulier peut se qualifier faussement de négociant dans la souscription d'un effet, qu'il espère négocier par ce moyen avec plus de facilité. Les suppositions faites de cette manière ne doivent pas demeurer plus impunies que celles auxquelles l'article s'applique. — M. Treilhard dit que quiconque prend par écrit une qualité supposée se rend coupable de faux. — M. Defermon dit qu'on ne pourrait pas punir comme faussaire le prétendu négociant dont il a parlé, attendu que pour faire le négoce il n'est pas besoin de déclaration préalable. — M. Berlier dit que lorsqu'on a employé ces expressions : *verbalement et sans signature*, ç'a été sans doute

[1] Quæst. 150, num. 89, 90, 91 et 98.

dans la vue de laisser la peine du faux applicable *aux écrits ;* mais il résulterait de là que certaines qualifications écrites resteraient impunies, quoique frauduleuses : par exemple, pour se procurer un crédit abusif, un homme se dira négociant ou propriétaire d'une terre qu'il désignera, sans qu'il soit ni l'un ni l'autre; cette énonciation, même écrite, ne constitue pas précisément un faux, c'est une escroquerie. Elle doit néanmoins être punie, et ne le serait pas, si la disposition qu'on discute se réduisait aux fausses qualifications *verbales et sans signature*. Il y a, au reste, un moyen simple et facile de tout concilier : c'est de retrancher ces expressions restrictives, de rendre la disposition générale, et de réserver formellement la peine du faux pour les espèces auxquelles elle se trouvera applicable. » L'article fut adopté avec cet amendement [1]. Ainsi, d'une part, les mots *verbalement et sans signature* furent effacés; de l'autre, on ajouta à la fin de l'article : *le tout, sauf les peines plus graves, s'il y a crime de faux.*

2196. Il résulte de cette discussion que la Cour de cassation a posé une règle inexacte lorsqu'elle a déclaré : « qu'il y a simple escroquerie lorsque le faux nom a été pris verbalement, et qu'il y a faux lorsque le faux nom a été pris par écrit [2]. » L'usurpation d'un faux nom par écrit peut constituer, ainsi que l'a reconnu le Conseil d'Etat, une escroquerie aussi bien qu'un faux; l'allégation mensongère ne change pas de nature parce qu'elle présente les caractères constitutifs du crime de faux.

L'usage d'un faux nom par écrit constitue le crime de faux, lorsque l'acte dans lequel il est pris peut produire une obligation quelconque et causer préjudice à autrui, ou lorsque cet acte est destiné à constater les faits qui s'y trouvent consignés. Cet usage, au contraire, se range parmi les moyens d'escroquerie, lorsque l'acte ne renferme ni obligation, ni décharge, ni convention, ni disposition qui soit de nature à léser des tiers, et qu'il n'a point d'ailleurs caractère pour constater les faits qui y sont énoncés. Nous avons développé cette distinction dans notre chapitre *du faux* [3]. Il en résulte que l'individu

[1] Procès-verbaux du Conseil d'État, séance du 9 sept. 1809.
[2] Cass., 18 fév. 1813, J.P.11.147, et Devill. et Car., 4, p. 288.
[3] V. notre tome 2, n. 648.

qui, pour tromper une personne sur sa fortune et usurper un crédit mensonger, produirait des actes simulés, des actes de prêts par lui consentis, ne pourrait être poursuivi que pour escroquerie, car ces actes ne produisent par eux-mêmes aucune obligation; mais s'il produit, même dans le seul dessein de consommer l'escroquerie, des actes qu'il suppose émanés d'un tiers et qui obligent ce tiers, la fraude puise dans cette circonstance un caractère plus grave, celui du crime de faux.

La même distinction doit être faite à l'égard de l'usurpation d'une *fausse qualité*. Si cette fausse qualité, usurpée dans un acte quelconque, n'est destinée qu'à tromper un tiers sur la véritable position de l'agent, elle ne constitue qu'une manœuvre frauduleuse constitutive de l'escroquerie; mais si cette qualité donne ouverture à un droit, si l'acte où elle est prise est destiné à le constater, s'il est fait usage de cet acte pour l'exercice même du droit, cette altération de la vérité n'est plus une simple escroquerie, elle devient un véritable faux. Ainsi l'individu qui prend, par écrit, la fausse qualité de fonctionnaire, d'avocat, de médecin, pour jouir d'un crédit usurpé, n'est coupable que d'une manœuvre frauduleuse; mais s'il prend, par exemple, sur une feuille de route et devant les intendants militaires, la fausse qualité d'officier, afin de toucher les émoluments et les frais de route attachés à ce grade, cette usurpation doit être considérée comme un faux criminel[1].

2197. Cette première distinction posée, la rédaction un peu confuse de l'art. 405 donne lieu d'élever une question : c'est de savoir si, lorsque l'escroquerie se commet par l'usage d'un faux nom ou d'une fausse qualité, il est nécessaire, pour la constituer, que cet usage ait eu pour objet de persuader l'existence de fausses entreprises, d'un pouvoir ou d'un crédit imaginaire, ou de faire naître l'espérance ou la crainte d'un succès, d'un accident ou de tout autre événement chimérique. La Cour de cassation a résolu cette question négativement : « attendu que les expressions *manœuvres frauduleuses* qui ont été substituées, dans l'art. 405, au mot *dol* placé dans

[1] V. notre tome 2, n. 649.

l'art. 35 de la loi du 16-22 juillet 1791, et dont le sens était trop général et trop vague, n'ayant pas elles-mêmes une signification assez précise pour que l'application n'en pût pas devenir arbitraire, il a été dans la prévoyance du législateur de fixer les cas où cette application devait être faite, en déterminant dans quel objet ces manœuvres auraient dû être employées pour qu'elles pussent être jugées former une circonstance élémentaire du délit d'escroquerie; qu'à l'égard d'un faux nom ou d'une fausse qualité, cet usage portant toujours sur un fait simple qui ne peut être susceptible de différentes interprétations, il n'a dû être caractérisé que par l'effet qui pouvait en être résulté, c'est-à-dire par la confiance qu'il aurait inspirée et par l'abus qui aurait été fait de cette confiance, en se faisant remettre frauduleusement, par son moyen, des fonds, des meubles, des obligations, etc.; qu'il s'ensuit que le membre de phrase de l'art. 405, dont les termes sont : « pour persuader l'existence de fausses entreprises, d'un pouvoir ou d'un crédit imaginaire, ou pour faire naître l'espérance ou la crainte d'un succès, d'un accident ou de tout autre événement chimérique », ne se rapporte qu'à l'emploi de manœuvres frauduleuses, et non à l'usage d'un faux nom ou d'une fausse qualité[1]. »

Nous n'hésitons point à adopter cette interprétation. Elle nous paraît conforme à la construction grammaticale de l'article, puisque aucune particule ne sépare les mots *manœuvres frauduleuses* de la phrase qui les suit, et que dès lors cette phrase se rapporte exclusivement à ces manœuvres. Elle est surtout conforme à la raison de la loi, puisque si les manœuvres frauduleuses, expression vague et indéfinie, avaient besoin d'être précisées et restreintes, il n'en est pas de même de l'usage d'un faux nom ou d'une fausse qualité, qui présente un fait précis pour lequel toute explication, toute définition était inutile. Nous ajoutons que les manœuvres frauduleuses, étant susceptibles en elles-mêmes des appréciations les plus diverses, pouvaient paraître au législateur ne pas suffire pour constituer un élément de l'escroquerie; mais l'usage d'un faux

[1] Cass., 3 mai 1820, S.6.299; J.P.15.969.

nom ou d'une fausse qualité est un fait essentiellement frauduleux, et cet usage, même isolé de l'allégation des fausses entreprises, d'un pouvoir ou d'un crédit imaginaire, suffit évidemment pour constituer l'escroquerie [1].

2198. L'usage d'un faux nom doit être considéré comme un élément de l'escroquerie, soit que le nom usurpé appartienne à un tiers, soit qu'il soit purement idéal, car les effets de l'usurpation dans l'un et l'autre cas peuvent être les mêmes. Mais l'agent qui aurait fait usage d'un nom sous lequel il est habituellement connu, quoiqu'il ne soit pas le sien, ou qui, connu sous ce nom d'emprunt, aurait fait usage de son véritable nom, ne pourrait être réputé avoir employé un faux nom, lors même qu'il aurait agi avec une pensée de fraude ; car la pensée frauduleuse ne suffit pas ; il faut qu'elle soit accompagnée d'une manœuvre de nature à faire impression sur l'esprit d'un tiers et à surprendre sa confiance : or on ne peut classer parmi les manœuvres coupables l'usage d'un nom qui appartient à celui qui le prend. C'est ainsi qu'il a été jugé « que l'emploi d'un faux nom, s'il n'a pas été la cause déterminante du marché et de la remise d'argent, ne constitue pas le délit » ; mais il peut alors même, s'il se combine avec d'autres faits extérieurs, être considéré comme une manœuvre par le moyen d'impunité qu'il crée pour l'agent et l'erreur forcée où il tient la victime [2].

La même observation s'applique à l'usage d'une fausse qualité. Il est nécessaire que cette usurpation ait été un moyen de perpétration du délit ; il faut donc que la qualité usurpée ait eu une relation indirecte avec ce délit, qu'elle en ait provoqué la consommation. Aussi la Cour de cassation a dû décider que le fait d'avoir donné des certificats de visites, en percevant des honoraires et en prenant la fausse qualité de chirurgien, constituait le délit d'escroquerie, puisque cette fausse qualité était la cause déterminante de la perception [3] ; que le préposé des

1 V. dans ce sens, en ce qui concerne l'emploi d'un faux nom, Cass., 4 fév. 1858, Bull. n. 28 ; et en ce qui concerne l'emploi d'une fausse qualité, Cass., 19 sept. 1844, Bull. n. 322 ; 25 août 1854, Bull. n. 265 ; 4 fév. 1858, Bull. n. 28.

2 Cass., 13 juin 1857, Bull. n. 227.

3 Cass., 6 août 1807, J.P.6.244, et Devil'. et Car., t. 4, p. 220.

contributions directes qui, postérieurement à sa révocation, donne des quittances en son ancienne qualité et détourne les sommes qui lui sont payées, se rend coupable du même délit, car dans ce cas encore la qualité est la seule cause de la recette[1]; et les Cours de Paris et de Bordeaux ont dû adopter également la même décision à l'égard de l'agent qui se fait remettre des effets en vertu de la fausse qualité de mandataire d'un tiers auquel le détenteur croit les remettre[2]. La même solution a encore été appliquée à l'agent qui s'est attribué la fausse qualité d'inspecteur d'assurances et qui s'est fait remettre des souscriptions[3]; — qui s'est attribué la fausse qualité de commissionnaire en marchandises, et qui, simulant une entreprise commerciale, avait obtenu de nombreuses livraisons de marchandises[4]; — qui s'est attribué la fausse qualité de commerçant et s'est fait remettre des valeurs à l'aide d'opérations simulées[5]; — qui s'est attribué la fausse qualité de mandataire, d'agent ou représentant d'une société commerciale pour se faire remettre des valeurs[6].

2199. Mais la fausse qualité devient une circonstance indifférente, si elle n'a pu exercer aucune influence sur la détermination de celui que le délit a lésé, ou si celui-ci a pu facilement vérifier sa fausseté. La Cour de cassation a jugé que la qualification mensongère de fille majeure, jouissant de ses droits, prise par une femme mariée, ne pouvait constituer un élément du délit : « attendu que cette qualification ayant pu être facilement vérifiée par le plaignant, il ne pouvait pas, sous prétexte d'ignorance à cet égard, prétendre qu'il avait été abusé de sa crédulité, non plus que dans le cas où il aurait contracté avec un mineur qui serait dit majeur ; et qu'admet-

[1] Cass., 1er mai 1818, J.P.14.784.

[2] Bordeaux, 3 fév. 1831, Journ. du dr. crim., t. 3, p. 114; Paris, 18 sept. 1835, *ibid.*, t. 8, p. 61, et Devill. et Car., 36.2.308.

[3] Cass., 9 mars 1857, Bull. n. 144 ; 26 déc. 1863, Bull. n. 312.

[4] Cass., 23 avril 1857, Bull. n. 165; 20 juill. 1866, Bull. n. 237.

[5] Cass., 14 mai 1859, Bull. n. 128 ; 9 mars 1861, Bull. n. 52; 28 nov. 1867, Bull. n. 238.

[6] Cass., 12 juill. 1866, Bull. n. 173; 5 mars 1868, n. 64 ; 9 sept. 1869, n. 207.

tre, dans de pareilles circonstances, la poursuite en escroquerie, ce serait anéantir l'effet des lois civiles relatives à la capacité des personnes pour contracter valablement des obligations [1]. » Il est certain, cependant, que la qualité de femme mariée, de mineur ou de majeur, ne peut pas toujours être facilement vérifiée, et que celui qui a contracté n'a agi que sous l'influence de la fausse qualité frauduleusement usurpée. Il n'est donc pas juste d'imputer, dans ce cas, d'une manière absolue, au contractant, son imprudence et sa légèreté ; et dès lors la fraude, lorsqu'elle parvient à spolier un tiers à l'aide de cette usurpation, peut revêtir les caractères du délit. Au reste, dans les espèces de cette nature, les faits doivent exercer une influence évidente sur la solution : il faut considérer la position de la partie, les moyens de vérification qu'elle possédait, et l'empire que la fausse qualité a pu exercer sur sa détermination. On en trouve un exemple dans un arrêt qui déclare le délit consommé dans une espèce où, de concert avec le prévenu Fournet, « la fille Bellier s'est attribué, pour obtenir la remise d'un acte, la fausse qualité de femme légitime dudit Fournet, en se présentant en l'étude du notaire et en contractant personnellement sous les faux noms de femme Fournet [2]. »

2200. La fausse qualité de créancier notamment, isolée de toutes manœuvres frauduleuses, ne suffirait pas pour justifier la plainte en escroquerie de la part de celui à qui aurait été réclamé une créance fictive. Ce n'est pas là une de ces qualités qui puissent tromper celui auquel l'agent s'adresse, puisque chacun connaît ou peut vérifier les dettes qui pèsent sur lui. Ce point a été reconnu dans un arrêt dans lequel on lit : « que, d'après sa teneur, la question (posée subsidiairement devant une Cour d'assises) se borne à demander si, en faisant usage de la fausse qualité de créancier de la veuve Bellier, l'accusé n'a pas tenté de commettre une escroquerie au préjudice de cette dernière ; — que cette fausse qualité n'est point de celles que l'art. 405 admet comme élément du délit qu'il spécifie, équivalant aux manœuvres frauduleuses caractérisées par

[1] Cass., 21 mars 1807, J.P.5.743 ; 4 déc. 1812, *ibid*, t. 10, p. 861.
[2] Cass., 8 août 1867, Bull. n. 185.

ledit article et pouvant à ellles seules avoir pour effet de déterminer la remise des valeurs ; qu'elle ne suffirait pas pour caractériser le délit [1]. »

2201. Si la qualité prise est vraie, son usage ne peut plus être incriminé comme constituant à lui seul une manœuvre frauduleuse; mais il peut devenir un élément des manœuvres qui consistent à persuader un pouvoir ou un crédit imaginaire. C'est ce qui a été reconnu par un arrêt qui dispose « que l'usage d'une qualité quelconque n'est sans doute unè manœuvre frauduleuse que lorsque cette qualité est fausse, mais qu'il n'en résulte pas que l'usage d'une qualité vraie, de celle d'un fonctionnaire public, d'un notaire, ne puisse, dans certain cas, devenir un élément de manœuvres frauduleuses, en donnant force et crédit à des paroles mensongères et fallacieuses [2]. »

On lit encore dans un autre arrêt : « que si l'usage d'une qualité vraie ne peut constituer par lui seul un élément de manœuvres frauduleuses, il ne saurait en être de même de l'abus fait de cette qualité pour imprimer aux allégations mensongères une gravité et une apparence de réalité propres à commander la confiance et à égarer la volonté de la personne trompée [3]. »

§ III. — *Manœuvres frauduleuses.*

2202. Le deuxième moyen de perpétration de l'escroquerie est l'emploi des *manœuvres frauduleuses*.

Rien de si vague que ces expressions.

La loi, pour comprendre tous les faits qui peuvent déterminer la remise des valeurs, s'est servie d'un terme indéfini qui permettrait toutes les incriminations. Quels actes, en effet, quelque innocents, quelque puérils qu'ils fussent, ne pourraient être considérés comme des manœuvres? Les démarches les plus légitimes, les propositions les plus droites, les soins les plus simples, ne pourraient-ils pas prendre ce caractère?

Dans le droit romain, le préteur s'était réservé d'apprécier les faits de dol, et de permettre la poursuite quand ils lui paraissaient graves : *Quæ dolo malo facta esse dicuntur, si de*

[1] Cass., 15 juill. 1869, Bull. n. 173.
[2] Cass., 10 fév. 1853, Bull. n. 39; 30 mai 1857, Bull. n. 212.
[3] Cass., 27 nov. 1866, Bull. n. 237.

his rebus alia actio non erit, et justa causa esse videbitur, judicium dabo[1]. Ulpien explique que par cet édit le préteur avait voulu subvenir à ce que les fraudes criminelles ne fussent pas une source de fortune pour leurs auteurs et de ruine pour ceux qui en aurient été dupes : *Hoc edicto prætor adversùs varios et dolosos, qui aliis offuerunt calliditate quàdam subvenit, ne aliis malitia sua sit lucrosa, vel istis simplicitas damnosa*[2]. De ces dispositions était provenue cette règle, appliquée par l'ancienne jurisprudence, que si le dol ne constitue pas un délit défini par la loi, les juges le punissent extraordinairement : *Si dolus non habet nominatum delictum, tunc extra ordinem judicis arbitrio punitur*[3].

Le but du législateur a été de proscrire cette arbitraire distribution des peines, et de circonscrire l'action du juge dans les limites qu'il a tracées avec autant de précision que la matière le permettait. Il a essayé de poser une distinction entre les faits frauduleux qui, simples par eux-mêmes et faciles à déjouer, ne présentent point un véritable danger, et ceux qui, plus compliqués, mieux ourdis, alarment la sécurité des citoyens, parce qu'ils peuvent à chaque moment surprendre leur prudence. La loi pénale ne devait pas s'occuper des ruses et des fraudes qui accompagnent un grand nombre de transactions ; elles échappent à la répression par la difficulté même d'en fournir la preuve, et leur incrimination pourrait avoir le résultat d'inquiéter toutes les conventions et de porter atteinte à la liberté du commerce. La loi pénale ne doit intervenir que lorsque les faits se produisent avec un caractère grave qui permet de les saisir, lorsque les citoyens impuissants à s'en garantir par eux-mêmes, ont besoin de la protection de la justice, lorsqu'il en résulte un trouble social qui appelle une réparation. De là, les restrictions établies par l'art. 405.

Cet article exige, soit dans son texte, soit dans son esprit, quatre conditions pour incriminer les faits qui provoquent la remise des valeurs :

[1] L. 1, § 1, au Dig. de dolo malo.
[2] L. 1, § 1, au Dig. eod. tit.
[3] L. 88, n. 67.

Il faut que ces faits puissent être qualifiés manœuvres ;

Que ces manœuvres aient été frauduleuses ;

Qu'elles aient pour objet de persuader l'existence de fausses entreprises, d'un pouvoir ou d'un crédit imaginaire, ou de faire naître l'espérance ou la crainte d'un succès, d'un accident ou de tout autre événement chimérique ;

Enfin, que ces manœuvres aient opéré ou tenté d'opérer la remise des valeurs qu'elles ont eu pour objet d'escroquer.

Ces règles vont être successivement expliquées.

2203. Les *manœuvres* sont les moyens employés pour surprendre la confiance d'un tiers. Cette expression suppose une certaine combinaison de faits, une machination préparée avec plus ou moins d'adresse, une ruse ourdie avec plus ou moins d'art. Les paroles artificieuses, les allégations mensongères, les promesses, les espérances, ne sont point, isolées de tout fait extérieur, des manœuvres ; il faut qu'elles soient accompagnées d'un acte quelconque destiné à les appuyer et à leur donner crédit. Ainsi la Cour de cassation a jugé sous l'empire de la loi de 1791, et cette loi n'avait pas les mêmes limites que l'art. 405, que la jactance d'un pouvoir imaginaire, que les fausses assurances d'une fortune chimérique, lorsqu'elles se réduisaient à de simples allégations, ne pouvaient caractériser le délit[1] ; et sous l'empire de l'art. 405, la même Cour a reconnu également que les simples mensonges, lorsqu'ils ne portent d'ailleurs ni sur le nom ni sur la qualité, ne peuvent être considérés comme des manœuvres.

2204. Cette règle a été maintenue dans des espèces diverses qu'il est utile de parcourir. Il a été reconnu qu'on ne doit pas réputer *manœuvres* dans le sens de la loi : — l'assurance verbale donnée par un individu qu'il payerait telle dette à telle époque[2] ; — les mensonges qui ont servi à obtenir des emprunts et faire des achats[3] ; — la promesse d'intervenir près

[1] Cass., 24 avril 1807 et 28 mai 1808, Devill. et Car., 2, p. 378 et 535, J.P.6.48 et 715.

[2] Cass., 26 déc. 1840, Bull. n. 365.

[3] Cass., 1er juill. 1842, Bull. n. 170 ; 18 janv. 1844, Bull. n. 17.

du conseil de révision pour obtenir une exemption du service militaire, « attendu que le jugement ne spécifie aucun des moyens frauduleux que le prévenu aurait mis en œuvre pour abuser de la crédulité et tromper la prévoyance ; que si la promesse d'intervenir près le conseil de révision, toute fallacieuse qu'elle est, laissait croire à l'existence d'un pouvoir ou d'un crédit imaginaire, si même elle était de nature à faire naître l'espérance d'un succès chimérique, cette circonstance élémentaire du délit ne pouvait ni suppléer, ni faire nécessairement supposer l'emploi de manœuvres frauduleuses [1] ; — l'inexécution, même frauduleuse, d'un acte d'échange d'immeubles, quand cet acte n'est accompagné d'aucun fait caractéristique de l'escroquerie [2] ; — le fait de se faire souscrire une lettre de change en payant seulement partie de la valeur de ce billet en argent, et en faisant agréer pour le surplus un billet qui n'avait aucune valeur réelle, « attendu que la loi ne punit pas le simple mensonge et la simple réticence [3] ; » — le fait d'obtenir une quittance de la part d'un créancier, en lui montrant de l'argent et lui promettant le paiement qui n'avait point été réalisé, « attendu que ces démarches ne se rattachent à aucune manœuvre antérieure qui aurait déterminé la remise de la quittance, et que le jugement ne constate, ni dans la période antérieure, ni au moment de la remise de la quittance, l'intervention d'aucun tiers ou autre moyen de nature à surprendre la volonté du créancier, si ce n'est la simple promesse de paiement ; que de telles promesses ne peuvent à elles seules constituer des manœuvres frauduleuses [4] ; — le fait de se faire remettre des sommes d'argent à l'aide de discours mensongers [5] ; — le fait de faire signer la cession d'une créance, en alléguant que cette cession est nécessaire pour en recevoir le montant, attendu que la loi n'exige pas seulement que l'on ait persuadé un événement imaginaire, qu'elle veut en outre qu'on ait employé des

[1] Cass., 27 sept. 1844, Bull. n. 331 ; 22 mai 1847, Bull. n. 110.
[2] Cass., 28 déc. 1844, Bull. n. 416.
[3] Cass., 7 août 1847, Bull. n. 178.
[4] Cass., 10 mai 1850, Bull. n. 153 ; 2 juill. 1852, Bull. n. 222.
[5] Cass., 14 sept. 1830. Bull. n. 310.

manœuvres frauduleuses[1]; — l'affirmation faite par un créancier qu'il ferait mettre en liberté son débiteur s'il obtenait le cautionnement de sa dette, affirmation non suivie d'effet, « attendu que ce mensonge n'avait été appuyé d'aucune manœuvre frauduleuse[2]; — le fait de se faire servir des aliments dans une auberge sans les payer, lorsque la confiance de l'aubergiste n'a été entraînée par aucune manœuvre frauduleuse[3]. » Ces arrêts suffisent pour établir que les simples mensonges, les promesses, les réticences, les paroles frauduleuses en un mot, ne suffisent pas, indépendamment de tous autres actes extérieurs et matériels, pour constituer des manœuvres frauduleuses. La jurisprudence, ainsi qu'on vient de le voir, est fixée sur ce point dans le sens que nous avons proposé.

2205. Mais il résulte en même temps de la jurisprudence, dont les derniers arrêts ont même aggravé la sévérité sur ce point, que tout fait extérieur, l'intervention d'un tiers, la production d'une lettre, une démarche ostensible, un voyage prétexté, tout acte matériel, en un mot, qui vient fortifier les mensonges et les promesses, et faire croire à leurs assertions par une certaine mise en scène d'une action préparée à l'avance, suffit pour constituer les manœuvres. Ainsi ont été considérés comme manœuvres, dans le sens de l'art. 405 : — le fait de se faire remettre un billet souscrit par le prévenu, en simulant au bas d'un acte une signature faite en caractères illisibles[4]; — le fait d'un notaire qui, chargé de procurer un placement d'argent, annonce qu'il a trouvé les conditions exigées, provoque l'envoi d'une procuration pour toucher les fonds et se les approprier : « attendu que tous les éléments du délit se rencontrent ici : 1° dans la manœuvre frauduleuse tendant à faire naître l'assurance d'un événement chimérique ; 2° dans l'intention de s'approprier, au moyen de la procuration, les fonds auxquels il assignait un emploi mensonger ; 3° dans la

[1] Cass., 20 mars 1852, Bull. n. 104.

[2] Cass., 11 juill. 1861, Bull. n. 146, et conf. 5 déc. 1862, Bull. n. 266 ; 19 juin 1863, Bull. n. 171 ; 12 fév. 1863, Bull. n. 45; 4 août et 8 sept. 1864, Bull. n. 210 et 228 ; 10 août 1867, Bull. n. 189.

[3] Cass., 10 déc. 1869, Bull. n. 258.

[4] Cass., 16 oct. 1840, Bull. n. 307.

réalisation de cette intention [1]; » — le fait, en signant un billet à ordre de son propre nom, d'imiter dans le corps du billet et dans la signature, l'écriture de celui au profit de qui il est souscrit, dans le but de faire naître, au moyen de cette fausse apparence, la crainte d'un danger imaginaire, et d'obtenir la remise du billet [2]; — le concert de l'agent avec un autre individu qui lui sert d'instrument pour appuyer ses mensonges [3]; — la correspondance faite pour être mise sous les yeux d'un acquéreur, afin de le déterminer à donner un prix supérieur à la valeur de l'immeuble, en lui faisant croire à la réalisation d'un bail qui devait compenser ce prix [4]; — le fait du notaire qui, en persuadant l'ouverture d'un crédit, se fait remettre par des négociants des billets en blanc qu'il emploie dans son intérêt personnel [5]; — le fait de promettre de faire exempter un jeune soldat du service militaire, lorsque cette promesse est accompagnée de la remise d'une lettre ou de la demande d'un objet pour le président du conseil de révision [6]; — le fait du correspondant d'un journal qui profite de la confiance dont il est investi pour exiger des abonnés un prix supérieur au prix réel de l'abonnement, et qui s'approprie la différence [7]; — les déclarations mensongères, si elles sont appuyées de démarches et de voyages [8]; si elles sont accompagnées de lettres et faites par un notaire [9]; si elles sont suivies de la signature d'un acte autre que celui que la partie croit signer [10]; si elles sont réitérées et qu'elles trouvent un appui dans des circonstances extérieures propres à leur donner créance [11]; — les actes de charlatanisme

[1] Cass., 27 fév. 1843, Bull. n. 43.
[2] Cass., 31 août 1844, Bull. n. 308.
[3] Cass., 4 déc. 1846, Bull. n. 304.
[4] Cass., 14 mai 1847, Bull. n. 102.
[5] Cass., 15 oct. 1849, Bull. n. 283.
[6] Cass., 24 nov. 1849, Bull. n. 320; 30 janv. 1852, Bull. n. 44.
[7] Cass., 21 déc. 1849, Bull. n. 352.
[8] Cass., 16 juill. 1852, Bull. n. 239.
[9] Cass., 10 fév. 1855, Bull. n. 39.
[10] Cass., 23 fév. 1855, Bull. n. 61; 20 août 1852, Bull. n. 291.
[11] Cass., 11 janv. 1855, Bull. n. 8; 7 avril 1859, Bull. n. 90; 21 mars 1867, Bull. n. 70; 12 nov. 1864, Bull. n. 257; 9 nov. et 24 déc. 1863, Bull. n. 12 et 308.

tendant à persuader des guérisons imaginaires [1], notamment lorsque ces actes sont accompagnés de l'emploi d'un magnétisme simulé [2]; — l'exhibition d'une dépêche télégraphique ayant pour objet de faire croire au dépôt chez un banquier d'une somme qui devait garantir des achats, et l'intervention des marchands que l'agent avait payés pour obtenir crédit auprès de ceux qu'il voulait tromper [3]; — la simulation d'une prétendue société commerciale, pour se faire remettre, à titre de cautionnement, une somme d'argent en promettant un emploi dans cette société [4].

La Cour de cassation a continué d'appliquer la même jurisprudence : — à l'assurance faite frauduleusement d'un navire dont son état de vétusté rendait la perte inévitable et de marchandises dont la valeur était exagérée [5]; — à la vente frauduleuse d'un fonds de commerce avec tromperie sur la clientèle [6]; — aux promesses d'exemption, appuyées de consultations médicales, faites à des conscrits [7]; — aux repas pris chez un restaurateur par un agent insolvable, mais seulement lorsque cet agent a cherché par ses manœuvres à persuader sa solvabilité [8]; aux faits, pour se faire remettre des valeurs, de produire des titres ou des certificats revêtus de signatures surprises [9]; de faire attester la solvabilité des souscripteurs des billets de l'agent [10]; de tromper par de fausses déclarations et de fausses productions une compagnie de chemin de fer sur la quantité des charbons transportés [11]; de présenter des factures exagérées pour faire croire à un mesurage exact, ou des notes mensongères pour

[1] Cass., 5 nov. 1853, Bull. n. 532; 31 mars 1854, Bull. n. 89; 4 juin 1859, Bull. n. 143.

[2] Cass., 24 août 1855, Bull. n. 199; 22 août 1861, Bull. n. 192.

[3] Cass., 8 juin 1860, Bull. n. 132.

[4] Cass., 20 mars 1857, Bull. n. 116.

[5] Cass., 2 janv. 1863, Bull. n. 2; 15 juill. 1864, Bull. n. 186.

[6] Cass., 27 août 1863, Bull. n. 232.

[7] Cass., 28 mai 1864, Bull. n. 134; 30 avril 1868, Bull. n. 115; 21 janv. 1870, Bull. n. 15.

[8] Cass., 18 fév. 1864, Bull. n. 137.

[9] Cass., 12 nov. 1864, Bull. n. 257; 28 sept. 1865, Bull. n. 184.

[10] Cass., 30 nov. 1867, Bull. n. 243.

[11] Cass., 28 mars 1867, Bull. n. 70.

faire croire à un mémoire inexact [1]; d'employer, soit des pratiques de magnétisme, soit des faits mensongers de guérison surnaturelle [2]; à la tricherie au jeu appuyée de manœuvres frauduleuses [3]; aux quittances mensongères de frais remises à un mandant, à la substitution d'une compagnie d'assurances à une autre dans le contrat laissé à l'assuré, à la fausseté de bijoux engagés au mont-de-piété, aux fausses associations, aux sociétés commerciales chimériques, aux marchés mensongers, etc. [4].

2206. Il faut toutefois prendre garde que tous les actes ne doivent pas, sans examen, lors même qu'ils se produisent avec des paroles fallacieuses et de mensongères promesses, rentrer sous cette qualification. Ainsi les violences et les voies de fait ne peuvent dans aucun cas prendre ce caractère : c'est la fraude que l'art. 405 poursuit, ce n'est pas l'emploi de la force [5]. Il ne suffit même pas que l'acte soit frauduleux, il faut qu'il soit le résultat d'une combinaison préparée pour tromper et surprendre la confiance. La Cour de cassation a donc dû décider que le fait de conserver le titre d'une obligation après son acquittement, et même d'en poursuivre deux fois le paiement [6]; que la substitution à une somme d'argent, au moment du paiement, de billets souscrits par celui même qui le reçoit [7]; que les nouveaux emprunts contractés par une personne qui est dans l'impossibilité d'acquitter les premiers [8], ne pouvaient être compris dans la classe des manœuvres; car si ces faits sont des actes de mauvaise foi, ce ne sont point des actes combinés artificieusement pour surprendre la confiance.

2207. La deuxième condition est que les manœuvres soient

[1] Cass., 5 fév. 1869, Bull. n. 31; 16 avril 1870, Bull. n. 88.

[2] Cass., 28 sept. 1865, Bull. n. 184; 25 avril 1867, Bull. n. 98.

[3] Cass., 6 juill. 1866, Bull. n. 160; 31 janv. 1868, Bull. n. 34.

[4] Cass., 26 mai et 2 déc. 1865, Bull. n. 119 et 216; 17 nov. 1866, Bull. n. 236; 20 avril 1867, Bull. n. 96; 21 janv. et 27 mai 1869, Bull. n. 21 et 117; 17 mars 1870, Bull n. 64.

[5] Cass., 6 germ. an x et 12 flor. an XIII, J.P.2.516, et 4.517; S.1.617.

[6] Cass., 8 therm. an XIII, 27 nov. 1812 et 26 mars 1821, J.P.4.682; 10.839; 16.481; S.2.146; 4.233.

[7] Cass., 17 fév. 1809, S.3.23; J.P.7.332.

[8] Cass., 28 mai 1808, S.2.525; J.P.6.715.

frauduleuses. Si l'agent est de bonne foi, les manœuvres, lors même qu'elles auraient causé quelque préjudice en rendant un tiers dupe d'une fausse entreprise, de quelque folle illusion, ne serait plus un élément du délit; c'est la fraude que la loi a voulu atteindre, ce n'est ni les projets téméraires et hasardeux, ni les entreprises insensées. Si l'agent a cru au succès, s'il a été lui-même dupe de sa folie, s'il s'est trompé de bonne foi, il cesse d'être responsable, aux yeux de la loi pénale, des efforts qu'il a faits pour entraîner des tiers dans son erreur; ses manœuvres, quelles qu'elles soient, dès qu'elles sont exemptes de fraude, échappent à l'incrimination.

Cette règle a été consacrée par deux arrêts de la Cour de cassation. Dans l'espèce du premier de ces arrêts, le régisseur d'un octroi avait promis une place de caissier à un individu qui lui avait remis, comme une garantie de sa gestion, plusieurs traites; postérieurement à cette convention, le préfet, par un arrêté, s'était réservé la nomination de cette place. Alors, comme les traites étaient en circulation et que la promesse se trouvait vaine, une plainte en escroquerie fut rendue contre le régisseur, et il y eut condamnation; mais la Cour de cassation, saisie du pourvoi, reconnut qu'il résultait des faits que le prévenu n'avait pas eu connaissance de l'arrêté du préfet lorsqu'il avait pris l'arrangement, d'où il suit que sa mauvaise foi n'était pas prouvée, et elle annula l'arrêt en déclarant : « que, pour constituer le délit d'escroquerie, il faut nécessairement qu'il y ait eu abus de crédulité, ce qui ne peut arriver que quand il est acquis que le prévenu d'escroquerie savait qu'il en imposait par ses promesses, ses entreprises, et les espérances qu'il donnait, et que ceux avec lesquels il traitait ignoraient réellement que leur adversaire se targuait de fausses promesses, de fausses entreprises, et qu'il les berçait d'espérances chimériques; car l'on n'abuse pas de la crédulité d'autrui, lorsque l'on croit vrais les faits qu'on lui débite, et la crédulité de celui-ci n'est point abusée, lorsqu'il connaissait d'avance la fausseté des faits qui lui sont racontés[1]. » Dans la seconde espèce, un individu s'était fait remettre diverses sommes destinées à des expériences par

[1] Cass., 13 fruct an XIII, S.2.159; J.P.4.746.

lesquelles il prétendait faire de l'or. Poursuivi pour escroquerie, il fut acquitté par le motif qu'il croyait sincèrement à l'efficacité des procédés qu'il employait pour faire de l'or, et qu'il avait agi de bonne foi. Un pourvoi en cassation fut fondé par le ministère public sur ce que, l'arrêt ayant reconnu dans les faits imputés tous les caractères du délit d'escroquerie, il n'était plus permis de baser son absolution sur sa bonne foi ; mais la Cour de cassation rejeta le pourvoi, attendu que l'arrêt, dès qu'il avait exclu la fraude, n'avait fait que se conformer à l'article 405 en renvoyant le prévenu de l'action [1]. On peut citer encore un arrêt qui porte : « que le législateur a voulu que les caractères du délit fussent tellement déterminés qu'il ne pût se confondre avec le dol qui peut vicier les transactions civiles ; qu'il résulte en effet des dispositions de l'art. 405 que le délit d'escroquerie n'existe pas par la seule intention de tromper ; que pour le constituer, et hors le cas où le prévenu aura fait usage de faux noms et de fausses qualités, il ne suffit même pas qu'il se soit attribué un pouvoir ou un crédit imaginaire, qu'il faut encore qu'il ait employé des manœuvres frauduleuses pour en persuader l'existence ou pour faire naître l'espérance ou la crainte d'un succès, d'un accident ou de tout autre événement chimérique ; que la réunion de ces deux éléments du délit est nécessaire, et qu'elle doit concourir avec la remise ou délivrance des fonds, pour imprimer au fait le caractère de criminalité qui le rend punissable [2]. »

2208. Est-il nécessaire que les manœuvres aient été de nature à faire impression sur des personnes sensées et à déterminer leur confiance ? La Cour de cassation a longtemps admis cette condition restrictive qui résultait plutôt de l'esprit de la loi que de son texte. Elle déclarait, dans un arrêt du 13 mars 1806 : « qu'il ne peut y avoir lieu à l'application des peines de l'escroquerie, qu'autant qu'il a été fait emploi de moyens de nature à compromettre la prudence et la sagacité ordinaire [3]. » Elle répétait dans un arrêt du 23 avril 1807 : « qu'il faut que

[1] Cass., 26 août 1824, S.7.524 ; J.P.18.1002.
[2] Cass., 27 sept. 1844, Bull. n. 331.
[3] Devill. et Car., 2.223 ; J.P.5.224.

le prévenu ait employé par dol ou fraude des manœuvres extrinsèques aux actes, capables de tromper la prudence qui dirige les opérations ordinaires du commerce. » Elle ajoutait, par un arrêt du 24 avril 1807 : « qu'il faut distinguer l'abus de crédulité simple, praticable vis-à-vis d'un homme ordinaire, et l'abus de crédulité avec circonstances aggravantes ourdies avec un art propre à tromper même de bons esprits [1]; que le premier genre d'abus est un dol dont, suivant les art. 1116 et 1117 du Code civil, la connaissance appartient à la juridiction ordinaire, et que le deuxième genre d'abus est soumis à la juridiction correctionnelle [2]. » La Cour de cassation déclarait encore, par un arrêt du 28 mai 1808 : « que l'abus de crédulité ne peut s'opérer que par des faits capables d'égarer la prudence ordinaire, de déconcerter les mesures de prévoyance et de sûreté qui, dans l'usage, accompagnent ou doivent accompagner toutes les transactions civiles ou commerciales ; qu'on ne saurait considérer les actes volontaires d'une confiance inconsidérée comme un abus de crédulité [3]. »

Cette jurisprudence s'est quelque temps maintenue sous l'empire du Code pénal. Une femme avait proposé à un orfévre de lui vendre des bijoux, et les lui avait laissés en dépôt. Elle envoya le lendemain un tiers les marchander et en offrir un prix élevé ; l'orfévre se hâta de les acheter au-dessus de leur valeur, et plus tard porta plainte. La Cour de cassation n'a pas vu dans ces faits un délit d'escroquerie : « parce que cette manœuvre n'était pas de nature à tromper la prévoyance ordinaire du commun des hommes, et moins encore la prudence et la réflexion qui doivent diriger les négociants dans leurs opérations de commerce [4]. »

2209. Il résultait de cette jurisprudence que les manœuvres frauduleuses ne pouvaient, en général, être considérées comme un élément de l'escroquerie, que lorsqu'elles étaient de nature à tromper la prévoyance ordinaire du commun des hommes.

[1] J.P.6.46.
[2] Journ. du pal., t. 6, p. 48.
[3] Journ. du pal., t. 6, p. 715.
[4] Cass., 2 août 1811, Devill. et Car., 3.388 ; J.P.9.515.

Mais que fallait-il entendre par cette règle ainsi posée ? La prévoyance des hommes dépend en grande partie de leur instruction, de leurs lumières et de leur expérience. Si quelques-uns, par leur ignorance ou les défauts de leur intelligence, sont privés d'une prévoyance ordinaire, seront-ils dénués de la protection de la loi ? Parce qu'il suffirait de manœuvres grossières pour en faire des dupes, ces manœuvres resteraient-elles impunies ? Évidemment ce n'est point là ce qu'avait pu vouloir la Cour de cassation, et on en trouverait, s'il était nécessaire, la preuve dans quelques arrêts qui ont pris pour base du délit des manœuvres que la sagacité la plus ordinaire aurait pu déjouer[1]. Les faits constitutifs des manœuvres ne peuvent être appréciés que dans leurs rapports avec la sagacité et la prudence de la personne qui a été leur dupe ; leur caractère est subordonné aux qualités de l'esprit, à la position sociale, à la profession même de cette personne. Ce qu'il faut examiner, ce n'est pas si les faits étaient de nature à tromper la prudence ordinaire des hommes, puisque cette prudence a tant de degrés, et que ces précautions sont plus ou moins grandes, suivant la position de chacun d'eux ; il faut examiner si ces faits étaient capables d'égarer la prévoyance dont celui qui se plaint devait être doué, de tromper les connaissances et la sagacité que supposent son état, son éducation, sa position ; en un mot, il faut examiner si celui-ci a été téméraire ou imprévoyant, s'il a commis une faute en s'abandonnant trop facilement a de grossières illusions ; cette appréciation est donc toute relative, elle ne peut avoir une base générale.

Ramenée à ces termes, cette règle était peut-être conforme à l'esprit de la loi. La société doit protéger ses membres contre toutes les injustices et toutes les déprédations dont ils ne peuvent se garantir ; elle doit leur prêter son appui non-seulement contre les violences et les voies de fait, mais aussi contre les fraudes qui surprennent et enchaînent leur liberté. Mais l'action de la loi pénale s'arrête aussitôt que la fraude cesse d'exercer une telle influence. En effet, lorsque d'une part, elle ne

[1] Cass., 23 mai 1806, 28 mars 1812, J.P,5.349 et 10,258 ; Devill. et Car., 2.248.

prend point un caractère assez grave pour produire une sorte de contrainte morale, lorsque d'une autre part la personne qui en est l'objet est douée d'assez de prudence pour apercevoir le piége et l'éviter, lorsque c'est moins la fraude qui provoque sa détermination qu'un entraînement irréfléchi ou une avide cupidité vers un appât mensonger, la loi ne doit point intervenir; il suffit qu'elle aperçoive les signes d'une volonté, aveugle peut-être, mais libre, pour que son action soit enchaînée, et la volonté doit être réputée libre et spontanée, lorsque les ruses de l'agent ne sont point assez habilement tissues pour la maîtriser. Si donc un préjudice en est résulté, la partie lésée doit s'imputer son imprudence. La loi pénale ne doit point protéger les citoyens contre leurs propres fautes, mais seulement contre les voies de fait et les fraudes auxquelles leur prévoyance ne peut les soustraire; elle serait d'ailleurs, dans la plupart des cas, impuissante à faire la part de la fraude et celle de l'imprudence qui l'a provoquée. On doit ajouter que les manœuvres ne sont point empreintes de la même criminalité, quand elles sont ourdies avec une telle habileté, que leur puissance déjoue une prudence consommée, ou quand leur grossièreté frappe l'œil le moins clairvoyant : dans le premier cas, elles révèlent une habitude de la fraude, une combinaison criminelle qui en aggrave le caractère; dans le second cas, leur simplicité indique l'hésitation de l'agent, et jette même des doutes sur ses intentions. La distinction établie par la jurisprudence, et restreinte d'ailleurs aux termes où nous l'avons posée, pouvait donc être soutenue.

2210. Cependant elle n'a pas été maintenue. La Cour de cassation, en examinant les faits multiples qui lui étaient déférés, a pensé qu'il était dangereux de déduire du degré plus ou moins ou moins élevé de l'habileté de l'agent la règle de sa criminalité. Il lui a paru que le délit d'escroquerie avait, plus qu'un autre peut-être, ses degrés et ses nuances, mais que la loi doit en saisir toutes les manifestations, sauf à proportionner la peine à la moralité de l'agent. Il lui a paru qu'elle devait protéger aussi bien les personnes ignorantes et naïves, que les moindres manœuvres suffisent à duper, que celles qui sont trompées par les trames les mieux ourdies. Sans doute il est à

désirer que chaque individu ait assez de lumières et de bon sens pour déjouer les ruses grossières qui sont mises en pratique à son égard ; mais son défaut d'intelligence et son incapacité à se défendre justifient-ils la tromperie employée contre lui ? Que cette tromperie soit moins périlleuse parce qu'elle est moins habilement mise en œuvre, cela est vrai ; mais de ce que le délit est moins grave ou de ce qu'il révèle un agent moins dangereux, il ne suit pas qu'il n'existe pas. Il y a même quelque péril à déclarer en thèse générale que les ruses les plus grossières, lors même qu'elles ont fait des victimes, sont à l'abri de toute poursuite ; car c'est encourager des tentatives de tromperie qui peuvent réussir, et c'est tolérer des manœuvres qui ne cessent pas d'être coupables parce qu'elles s'adressent à des esprits simples et bornés. Telles sont les réflexions qui ont porté la Cour de cassation à ne plus admettre la distinction qu'elle avait d'abord établie entre les manœuvres capables d'égarer la prudence ordinaire, et celles qui ne pouvaient avoir cet effet.

2211. La troisième condition de l'incrimination des *manœuvres* est le but qu'elles doivent se proposer.

L'art. 405 exige que ce but soit de *persuader l'existence de fausses entreprises, d'un pouvoir ou d'un crédit imaginaire, ou de faire naître l'espérance ou la crainte d'un succès, d'un accident ou de tout autre événement chimérique.*

Il ne suffit donc pas que les moyens employés soient des manœuvres, que ces manœuvres soient frauduleuses, enfin qu'elles soient de nature à tromper la prudence de la personne contre laquelle elles sont dirigées ; il faut qu'elles soient spécialement employées à persuader l'existence des faits ou à faire naître les sentiments énoncés par la loi. De nombreux arrêts ont consacré cette règle ; nous en citerons quelques-uns.

Dans une première espèce, le jugement, en prononçant les peines de l'escroquerie, avait seulement déclaré que c'est en employant des manœuvres frauduleuses que l'agent avait obtenu la remise d'une obligation ; mais il n'avait point précisé le but de ces manœuvres. La Cour de cassation a annulé ce jugement, par les motifs « que des expressions de l'art. 405 il résulte nécessairement qu'il n'attache pas le caractère de l'escroquerie à toute espèce de manœuvres frauduleuses employées

pour soustraire à quelqu'un la totalité ou partie de sa fortune; et qu'il faut que, pour parvenir à ce but, on ait, à l'aide de manœuvres frauduleuses, ou persuadé l'existence de fausses entreprises, d'un pouvoir ou d'un crédit imaginaire, ou fait naître l'espérance ou la crainte d'un succès, d'un accident ou de tout autre événement chimérique; que dès que le prévenu n'est convaincu d'avoir usé d'aucun de ces moyens pour tromper ou pour obtenir l'obligation, la fraude qu'il a employée pour se procurer cette obligation n'est pas le délit d'escroquerie [1]. »

Dans une autre espèce, un individu s'était fait remettre des billets qu'il avait souscrits, en déclarant faussement qu'il venait de signer chez un notaire une obligation en remplacement de ces billets. La Cour de cassation a reconnu que ces faits ne constituaient point les manœuvres frauduleuses élémentaires de l'escroquerie : « parce qu'on est obligé de reconnaître que toute espèce de manœuvres frauduleuses ne constituent pas le délit d'escroquerie; qu'aux termes de l'art. 405, elles ne le constituent que lorsqu'elles sont employées pour persuader l'existence de fausses entreprises, etc.; que des faits exposés au procès et reconnus constants, il résulte évidemment que le plaignant n'a été trompé ni par l'idée de l'existence de fausses entreprises, d'un pouvoir ou d'un crédit imaginaire, ni par l'espoir d'un succès, ou par la crainte d'un accident; qu'il s'ensuit qu'il est impossible d'y apercevoir le délit prévu par la loi [2]. » Cette règle a été maintenue avec fermeté par plusieurs arrêts postérieurs, dont nous rapportons les espèces plus loin, et qui répètent, en thèse générale, « qu'il faut, pour que les manœuvres frauduleuses puissent constituer le délit d'escroquerie, qu'elles aient été employées pour persuader l'existence d'un pouvoir ou d'un crédit imaginaire, ou pour faire naître l'espérance ou la crainte d'un événement chimérique [3]. »

2212. Il faut ajouter que si les manœuvres même frauduleuses ne peuvent être incriminées que lorsqu'elles ont été em-

[1] Cass., 4 janv. 1812, J.P.10.7; Devill. et Car., 4, p. 2.
[2] Cass., 7 mars 1817, Devill. et Car., 5.294; J.P.14.119.
[3] Cass., 10 janv. 1845, Bull. n. 10; 6 janv. 1854, Bull. n. 7

ployées pour persuader un pouvoir ou un crédit imaginaire, ou pour inspirer l'espoir ou la crainte d'un événement chimérique, réciproquement les faits qui auraient ce même effet ne peuvent pas par cela seul être incriminés ; il faut qu'ils aient en eux-mêmes le caractère de manœuvres frauduleuses. Ce sont là deux éléments du délit qui doivent coexister et être à la fois constatés ; les manœuvres ne sont coupables que quand elles ont un effet déterminé, et les faits qui produiraient cet effet ne tombent eux-mêmes sous la loi pénale que lorsqu'ils ont le caractère de manœuvres. Ainsi, un arrêt a été cassé, « attendu que cet arrêt ne spécifie aucun des moyens frauduleux que le prévenu aurait mis en œuvre pour abuser de la crédulité des plaignants et tromper leur prévoyance ; que si la promesse d'intervenir près le conseil de révision, toute fallacieuse qu'elle est, laissait croire à l'existence d'un pouvoir ou d'un crédit imaginaire ; si même elle était de nature à faire naître l'espérance d'un succès chimérique, cette circonstance élémentaire du délit ne pouvait suppléer ni faire nécessairement supposer l'emploi de manœuvres frauduleuses[1]. » Une autre cassation a encore été prononcée, « attendu que si les faits posés par l'arrêt attaqué peuvent avoir eu pour but de persuader l'existence d'un crédit imaginaire, ils n'ont pas été accompagnés de manœuvres frauduleuses, puisque le fait d'avoir fourni, à l'échéance, la provision des traites par lui tirées, n'a été, de la part du prévenu, que l'accomplissement de l'obligation à lui imposée par l'art. 115 du Code de commerce, et ne saurait par conséquent avoir un caractère répréhensible[2]. »

2213. Maintenant, que faut-il entendre par les *fausses entreprises*, le *crédit* ou le *pouvoir imaginaire*, les *espérances* ou les *craintes*, que les manœuvres doivent avoir pour objet de persuader ou de faire naître ?

Les *fausses entreprises* peuvent être de deux espèces : celles qui n'existent réellement pas, qui sont purement imaginaires, et celles qui existent réellement, mais différentes de la description et des rapports qu'on en a faits. Dans le premier cas il

[1] Cass., 7 sept. 1844, Bull. n. 331.
[2] Cass., 4 juill. 1845, Bull. n. 220.

n'existe aucune difficulté : l'agent a persuadé par des manœuvres l'existence d'une entreprise purement imaginaire; la fausseté de cette entreprise, quelle qu'elle soit, entraîne la preuve complète du délit. Dans la deuxième hypothèse la question est plus difficile : l'agent a su persuader, par ses manœuvres, qu'une entreprise vaine et sans ressources était riche et féconde; n'est-ce point là une fausse entreprise, dans le sens de l'art. 405? Nous n'hésitons pas à répondre affirmativement. Une entreprise est fausse aux yeux de la personne qui a contracté, lorsqu'elle est autre que celle que les manœuvres lui avaient promise. Qu'importe l'existence d'une entreprise de la même nature, si elle est différente par les produits, par les ressources, par les espérances? Les manœuvres ont été telles, que la prudence ordinaire a dû être trompée; l'art. 405 doit être appliqué. On doit ajouter que si cette application était écartée, une large voie resterait ouverte aux fraudes les plus dangereuses et les plus difficiles à éviter; comme il suffirait, en effet, que les manœuvres de l'agent eussent pour base un fait réel, quels que fussent ensuite ses amplifications et ses mensonges, cette précaution protégerait les actes les plus criminels, et la peine resterait impuissante en face des plus grands scandales. Notre opinion se trouve confirmée par un arrêt qui déclare « qu'il y a fausse entreprise, non-seulement dans une entreprise qui est de tout point chimérique, mais encore dans celle qui, ayant un fond certain, présente dans certaines des parties qui la composent des circonstances entièrement fausses [1]. »

2214. La catégorie des faits qui tendent à persuader *un pouvoir ou un crédit imaginaire* renferme tous les actes qui ont pour but de faire croire que l'agent possède des titres, une position sociale, une fortune, des relations, une puissance quelconque qu'il ne possède pas en réalité. Ainsi la Cour de cassation a fait rentrer dans cette classe : 1° l'acte par lequel un individu se fait remettre des sommes d'argent, en se faisant fort d'obtenir l'élargissement de plusieurs détenus sous prévention de délits [2]; 2° l'engagement pris par un commissaire de police,

[1] Cass., 21 déc. 1860, Bull. n. 294.

[2] Cass., 28 mars 1812, J.P.10.258. et S.4.79, qui approuvent cet arrêt.

moyennant une somme d'argent, de maintenir un conscrit dans la réserve, et de le faire exempter du service militaire [1]; 3° la vente frauduleuse faite par un préposé de la loterie hollandaise de lots de cette loterie dont il n'avait ni la propriété ni la possession [2].

2215. Est-il nécessaire, comme en ce qui concerne les fausses entreprises, que le pouvoir ou le crédit soit entièrement imaginaire? Si, par exemple, la position que s'est donnée l'agent vis-à-vis d'un tiers est réelle, et que le pouvoir et le crédit soient seuls mensongers, l'article sera-t-il applicable? Nous croyons qu'il faut répondre affirmativement : lorsque les manœuvres ont eu pour but de faire croire à un crédit ou à un pouvoir qui n'existe réellement pas, le fait que la position qu'occupe l'agent pouvait lui donner ce pouvoir ou ce crédit ne saurait être une cause justificative de l'escroquerie. Ainsi il importe peu qu'un individu, se prétendant faussement employé d'une administration quelconque, exploite un pouvoir imaginaire, ou que, réellement employé de cette administration, il se revête d'un pouvoir qui appartient à l'administration, mais dont il n'est point investi; dans cette dernière hypothèse, la fraude serait même plus dangereuse, parce que l'illusion serait plus facile. Le pouvoir ou le crédit doit être réputé imaginaire, dès que l'agent ne peut pas tenir ses promesses, et qu'il a su, en les faisant, qu'il ne les pourrait jamais tenir.

2216. Il n'y a pas allégation d'un crédit imaginaire dans le fait d'avoir supposé la négociation d'un billet pour exiger, en cas de non-paiement de ce billet, le paiement des frais de retour. L'arrêt qui a décidé ce point porte : « que le fait déclaré à la charge du demandeur consiste à avoir supposé la négociation à un tiers demeurant dans une autre place de certains effets souscrits à son ordre, et, par suite de non-paiement de ces effets, à avoir simulé des comptes de retour et à en avoir exigé le montant des débiteurs; qu'il n'y a rien dans ces manœuvres qui fût de nature à faire naître dans l'esprit de ceux-ci l'idée d'un pouvoir imaginaire, ou la crainte ou l'espérance

[1] Cass., 25 avril 1813, S.4.292; J.P.11.167.
[2] Cass., 26 mars 1819, J.P.15.189.

d'un événement chimérique; que le titre apparent créé par la simulation constituait une fraude d'un tout autre caractère, et dont la répression ne pouvait être faite que par la voie civile; que vainement le tribunal, au lieu de se rattacher aux termes de la loi pénale, a dit que les manœuvres employées par le demandeur avaient pour but de faire croire au pouvoir qu'il n'avait pas d'exiger les droits et frais résultant du compte de retour; que ce n'est pas là le pouvoir imaginaire exigé par la loi [1]. » Mais il a été reconnu avec raison qu'il y avait allégation d'un crédit imaginaire : 1° dans le fait de faire certifier la solvabilité d'un négociant failli et hors d'état de faire face à ses engagements, pour obtenir une livraison de marchandises [2]; 2° dans la promesse faite à des commerçants de l'ouverture d'un crédit chez un banquier, et dans le fait de négocier pour le compte de l'agent les billets souscrits par ces commerçants et destinés à un emploi déterminé [3].

2217. La dernière catégorie des manœuvres comprend celles qui ont pour but *de faire naître l'espérance ou la crainte d'un succès, d'un accident ou de tout autre événement chimérique.* Ces expressions vagues renferment les cas les plus fréquents : c'est presque toujours en excitant la cupidité ou les passions par de vaines illusions ou de brillantes promesses, que les auteurs des manœuvres atteignent le but qu'ils se proposent.

La Cour de cassation a fait l'application de cette disposition aux faits les plus divers. Un arrêt de la Cour de Caen avait jugé : « qu'il résultait de l'information que le prévenu n'était parvenu à faire écrire par le plaignant la quittance de sa dette qu'en déposant sur la table une bourse dont l'inspection lui inspira nécessairement l'espoir fondé d'en recevoir le montant; que dans cette confiance il avait remis cette quittance au prévenu, qui enleva en même temps subtilement la bourse qu'il avait déposée sur la table; qu'il résultait de ces faits qu'à l'aide de manœuvres frauduleuses, il était parvenu à inspirer au plaignant l'espérance de recevoir le montant de la quittance qu'il

[1] Cass., 10 janv. 1845, Bull. n. 10.
[2] Cass., 24 août 1848, Bull. n. 226.
[3] Cass., 15 oct. 1849, Bull. n. 285.

écrivait ; événement devenu chimérique par la mauvaise foi du prévenu qui avait retiré la bourse en prenant la quittance. » La Cour de cassation a rejeté le pourvoi : « attendu que, par l'arrêt dénoncé, Daunau est déclaré coupable d'avoir, à l'aide de manœuvres frauduleuses, inspiré au plaignant l'espérance d'un succès devenu chimérique par sa mauvaise foi, et d'avoir, par ce moyen, tenté d'escroquer une partie de sa fortune ; qu'il est donc coupable du délit d'escroquerie déterminé par l'art. 405 [1]. »

Dans une autre espèce, le débiteur devait payer une somme considérable pour opérations de bourse sur l'emprunt d'Espagne. Il prit livraison des obligations achetées et du bordereau qui lui donnait quittance, sous prétexte de les vérifier, les conserva en les reconnaissant exacts, paya comme appoint une minime partie de la somme, invita le créancier à venir avec lui dans une maison de banque où le surplus de cette somme serait acquitté, et disparut dans le trajet. La Cour de cassation a déclaré : « que ces faits constituent les manœuvres frauduleuses employées pour faire naître l'espérance d'un événement chimérique, et se procurer la remise et la délivrance de valeurs et quittances, au moyen desquelles le prévenu se serait approprié la totalité ou partie de la fortune d'autrui, ce qui forme les éléments d'un des délits d'escroquerie prévus par l'art. 405 [2]. »

Dans une troisième espèce, le pourvoi a été rejeté, « attendu que le jugement attaqué a déclaré en fait qu'en présentant les produits de son étude de notaire à son successeur, le prévenu avait dénaturé ces produits en ajoutant frauduleusement des chiffres sur les registres qui avaient servi de base au contrat, et s'était servi de manœuvres aussi frauduleuses pour empêcher la vérification ; que ce jugement a de plus constaté que le résultat de ces manœuvres et interpolations avait été de faire croire à l'existence de produits bien plus considérables qu'ils n'étaient en effet, et de donner au cessionnaire de son

[1] Cass., 4 sept. 1824, J.P.19.1032.

[2] Cass., 11 déc. 1824, Devill. et Car., 7.591 ; J.P.19.1212 ; 8 déc. 1853, Bull. n. 571.

office l'espérance chimérique de profits qui ne devaient pas se réaliser; que la réunion de ces diverses circonstances constituait un délit[1]. »

2218. Il est à remarquer que, dans ces trois espèces, l'événement dont le prévenu avait fait naître l'espérance n'était point chimérique, dans le sens absolu de ce mot, puisqu'il aurait pu le réaliser. Mais il suffit, pour l'application de la loi, que l'espérance d'un événement quelconque ait été déçue; et cet événement est toujours chimérique, en ce qui concerne la victime des manœuvres frauduleuses, puisqu'elle l'a vainement attendu. Il importe peu ensuite que le fait soit purement imaginaire ou susceptible de s'accomplir; cette circonstance serait importante s'il s'agissait d'établir la bonne foi de l'agent; mais, en admettant la fraude, l'événement doit être considéré comme chimérique, soit qu'il n'ait jamais existé, soit qu'il ait dépendu de l'agent de le produire, soit enfin que son existence soit vraie, mais dans des circonstances et avec des conditions différentes de celles qui ont été annoncées par lui : dans ces diverses hypothèses, les effets sont les mêmes; toute distinction serait évidemment contraire à la disposition de la loi. Ainsi les manœuvres frauduleuses qui ont pour objet de faire naître l'espoir d'une place avantageuse, du gain d'un procès, de l'exemption d'une charge telle que le service militaire, d'une succession, de la réussite d'une opération quelconque[2], peuvent rentrer dans les termes de la loi, encore bien que chacun de ces événements ne soit pas impossible et puisse arriver; il faut seulement admettre qu'ils n'auraient pu se réaliser par la seule entremise de l'agent, et que dès lors les espérances qu'il donnait étaient purement chimériques. A plus forte raison en serait-il ainsi si le prévenu s'était servi d'une fausse qualité pour fonder un crédit ou un pouvoir imaginaire. Un agent s'attribue la qualité d'agent du gouvernement, et à l'aide de cette qualité qui l'environne d'un pouvoir qu'il n'a pas, il obtient des souscriptions à une entreprise particulière d'assurances : ce fait rentre évidemment dans les termes de l'art. 405[3].

[1] Cass., 13 août 1842, Bull. n. 205.
[2] Cass., 21 déc. 1860, Bull. n. 291.
[3] Cass., 9 avril 1837, Bull. n. 144.

Un commerçant fait apposer sur un billet une acceptation qu'il fait signer par sa femme, laquelle portait le même nom que le tiré, pour faire croire à l'acceptation de celui-ci, et, à l'aide du crédit que cette signature lui assure, il négocie son billet : la décision doit encore être identique [1].

2219. Si l'événement annoncé s'est complétement réalisé, l'auteur des manœuvres peut-il être poursuivi? Prenons un exemple : un individu se fait remettre une somme d'argent, en faisant naître l'espérance d'obtenir l'exemption du service militaire en faveur d'un jeune soldat : l'exemption est accordée ; la poursuite pour escroquerie est-elle recevable? Une distinction est nécessaire. Si c'est par les soins et les démarches de cet individu que l'exemption a été obtenue, il n'y a point d'abus de crédulité, et dès lors pas d'escroquerie; la somme délivrée n'est que le prix des services rendus ; s'il a employé des moyens illicites pour obtenir l'exemption, ces moyens peuvent constituer un autre délit, mais non le délit d'escroquerie. Si, au contraire, l'exemption a été obtenue sans le concours de cet individu, et par suite de quelque cause, soit légale, soit physique, qu'il connaissait et qu'il n'avait pas révélée, s'il s'est vanté d'un crédit qu'il n'avait pas, s'il a fait naître des espérances dans ce crédit, espérances purement chimériques, la réalisation du fait annoncé, mais à laquelle il sera resté complétement étranger, ne saurait lui assurer le bénéfice de sa fraude. L'événement promis était chimérique, puisqu'il ne dépendait pas de lui de le faire naître : son accomplissement, arrivé par des moyens auxquels il n'a point participé, ne peut changer la nature de son action.

2220. A côté des manœuvres qui ont pour objet de faire naître l'espoir d'un succès, la loi a inscrit celles qui ont pour objet d'exciter la *crainte d'un accident* ou d'un événement *chimérique*. On peut citer, comme exemple d'un cas qui motiverait l'application de cette disposition, un arrêt qui a déclaré coupable d'escroquerie « un individu convaincu d'avoir persuadé à différents particuliers que les ombres des morts apparaissaient aux vivants, qu'elles venaient sur la terre réclamer

[1] Cass., 9 mars 1861, Bull. n. 52.

des prières pour se rédimer des flammes du purgatoire, et qu'en cas de refus, elles envoyaient des maladies aux hommes et aux animaux; de s'être fait compter, par ces personnes trop crédules, diverses sommes d'argent qu'il avait promis d'employer à faire dire des messes pour le repos des âmes des morts, et de se les être appropriées [1]. »

La Cour de cassation a considéré comme une manœuvre frauduleuse rentrant dans la même catégorie, le fait d'avoir écrit une lettre anonyme contenant des menaces, autres que celles prévues par les art. 305 et 436 du Code pénal, avec ordre de déposer une somme d'argent dans un lieu indiqué; l'arrêt décide : « que le fait ainsi déterminé est prévu par l'art. 405, l'accusé ayant, au moyen de cette lettre anonyme, tenté d'escroquer une somme d'argent, en faisant naître la crainte d'accidents, et ainsi employé des manœuvres frauduleuses [2]. »

2221. Mais les menaces ne constitueraient plus une manœuvre frauduleuse, si elles n'avaient d'autre objet que d'inspirer la crainte d'une peine légale, à raison d'un fait qualifié délit qui serait imputé au plaignant. Ainsi une personne est lésée par un délit; elle menace de porter plainte, et obtient, à l'aide de cette menace, des dommages-intérêts : il est évident que cette démarche ne peut être considérée comme une manœuvre frauduleuse, puisque, en admettant même que cette personne eût abusé de la crainte qu'elle faisait naître, cette crainte n'eût point été chimérique. C'est ce que la Cour de cassation a reconnu en déclarant, dans une espèce où cette composition avait été considérée comme une escroquerie, « que si le prévenu s'est plaint de ce qu'on avait envahi sa maison ou enlevé son mobilier, ses titres de propriété, les actes obligatoires consentis à son profit et ses registres, il n'y a point là de dol, puisque le fait est avoué et prouvé au procès ; que l'on ne peut pas non plus lui imputer de s'être prévalu de faux noms, de fausses entreprises ou d'un crédit imaginaire pour tromper des parties adverses; qu'il serait d'ailleurs absurde de prétendre qu'il eût leurré ses adversaires par de fausses espérances; qu'il n'a pu

[1] Cass., 23 mai 1806, J.P.5.349 ; Devill. et Car., 5.218.
[2] Cass., 22 nov. 1820, J.P.16.197.

finalement inspirer à ces derniers d'autre crainte que celle de subir la peine que les lois prononcent contre les délits de l'espèce de celui sur lequel ils ont composé à l'amiable; crainte qui n'était pas chimérique, et sur la nature de laquelle on ne peut pas supposer qu'ils se soient mépris, attendu que tout citoyen est censé instruit des dispositions des lois de son pays[1] ».

La Cour de cassation a jugé encore, dans une espèce analogue, que le créancier qui, en menaçant son débiteur, lequel s'est rendu coupable d'extorsion de titres à son égard, de poursuites criminelles, se fait souscrire une nouvelle obligation pour une somme supérieure à celle qui lui est légitimement due, ne commet pas le délit d'escroquerie : « attendu que s'il y a eu de sa part des manœuvres frauduleuses, ces manœuvres n'avaient point pour objet de faire naître l'espérance ou la crainte d'un succès ou de tout autre événement chimérique[2]. »

On trouve encore la même décision dans un arrêt qui porte : « que, d'après l'arrêt attaqué, le plaignant a été déterminé à souscrire le billet de 3,000 fr. objet de la prévention, par des manœuvres frauduleuses tendant à lui inspirer la crainte de poursuites criminelles au sujet d'un billet de 500 fr. qu'il avait mis dans le commerce et qu'on prétendait faux; que cette crainte n'a pu être considérée par l'arrêt comme étant celle d'un événement chimérique qu'autant qu'il aurait été reconnu que le billet de 500 fr. n'était point faux, puisque, si le billet était faux, les craintes sous l'influence desquelles le plaignant a consenti à souscrire le billet de 3,000 fr. étaient sérieuses et fondées; que l'arrêt ne contient aucune déclaration sur ce point; qu'ainsi tous les caractères exigés par l'art. 405 ne se trouvent pas constatés[3]. »

Enfin la même doctrine a été consacrée par un autre arrêt qui rejette un pourvoi du ministère public : « Attendu qu'il n'est pas constaté par l'arrêt attaqué que les faits imputés au prévenu, lors même qu'on pourrait les qualifier de manœuvres

[1] Cass., 13 vent. an VII, S.1.177; J.P.1.345.
[2] Cass., 11 nov. 1819, S.6.131; J.P.15.549.
[3] Cass., 19 sept. 1840, Bull. n. 280.

frauduleuses, et quel que soit d'ailleurs leur caractère d'immoralité, réunissent les conditions légales ; qu'il en résulte que l'événement dont était menacée la femme Lavande, et lorsque le prévenu lui disait qu'il dénoncerait son fils, qu'il serait condamné à 50 fr. d'amende pour délit de pêche, était loin d'être chimérique ; qu'il ne faisait que lui rappeler les conséquences vraies ou probables de la dénonciation qu'il pouvait faire [1]. »

2222. Il est évident, en effet, que le prévenu qui, ayant découvert qu'un crime ou un délit aurait été commis par une personne, se ferait remettre de l'argent en menaçant de le dénoncer à la justice, ne commet pas le délit ; car la crainte que cette menace fait naître n'est point une crainte chimérique, et si la manœuvre est frauduleuse, elle se rapporte à un fait existant et certain. Il en serait autrement si le fait n'était pas qualifié délit par la loi, ou si le délit se trouvait couvert par la prescription ; car alors la crainte que ferait naître l'agent serait purement chimérique. Ainsi, dans une espèce où l'agent, après avoir inspiré à un tiers la crainte d'une poursuite criminelle à raison d'un délit qu'il n'avait pas commis, lui avait persuadé ensuite qu'il avait le pouvoir d'arrêter cette poursuite, et s'était fait remettre une somme d'argent à cet effet, il a été reconnu que tous les éléments du délit se trouvaient réunis [2].

2223. Enfin il faut que les espérances fallacieuses élevées dans l'esprit de la victime soient la suite et l'effet des manœuvres frauduleuses. Ainsi, dans une espèce où le directeur d'une usine avait trompé ses ouvriers sur le poids des cotons filés par eux, afin de diminuer frauduleusement le prix de leurs salaires, il a été décidé qu'il n'y avait pas escroquerie, « attendu que s'il existe des manœuvres frauduleuses dans l'emploi des faux poids et des fausses mesures destinés à tromper les ouvriers, ces manœuvres n'ont point eu pour effet de faire naître dans l'esprit de ceux-ci la croyance d'un pouvoir imaginaire, ni l'espérance ou la crainte d'un événement chimérique, et n'ont

[1] Cass., 6 janv. 1854, Bull. n. 7.
[2] Cass., 4 fév. 1842, Bull. n. 22.

été suivies d'aucune remise d'objets quelconques que le trompeur se serait appropriés au préjudice de ces victimes[1]. »

§ IV. — *De la remise des valeurs et de leur détournement.*

2224. Nous n'avons jusqu'à présent examiné que le premier élément du délit. Cet élément consiste dans les moyens employés pour opérer la délivrance des valeurs, ou fausses qualités, ou des manœuvres déterminées par la loi : le deuxième élément est la remise même des fonds ou des valeurs, déterminée par ces moyens frauduleux.

L'art. 405 exige, pour l'existence du délit, que le prévenu, à l'aide des moyens qu'il désigne, *se soit fait remettre ou délivrer* des fonds, des meubles, etc. Cette délivrance est donc l'une des conditions constitutives du délit : elle ne le consomme pas, car sa consommation ne peut résulter que du détournement des fonds délivrés ; mais elle le caractérise essentiellement, car l'escroquerie consiste principalement *à se faire remettre.*

La Cour de cassation avait confondu, dans sa première jurisprudence, la délivrance des fonds et leur détournement ; elle avait, par conséquent, considéré le délit consommé par la seule délivrance, d'où il résultait que, même avant la modification faite par la loi du 13 mai 1863, la tentative du délit pouvait exister et être punie, avant même que cette délivrance eût lieu. Cette doctrine résulte d'un arrêt portant : « que la remise des fonds ou obligations représentatives de leurs valeurs est la consommation même du délit; que l'art. 405 ne se contente pas de punir celui qui, par l'un des moyens énoncés, a escroqué la totalité ou partie de la fortune d'autrui, mais qu'il étend sa sévérité sur celui qui, par l'emploi de l'un des mêmes moyens, *a tenté* d'escroquer la totalité ou partie de la fortune d'autrui; d'où il résulte qu'il suffit que l'emploi de l'un des trois moyens soit constaté en fait, pour qu'il y ait tentative de commettre le délit; que déclarer la non-existence de la tentative restée sans exécution, c'est exiger la consommation même

[1] Cass., 21 fév. 1851, Bull. n. 73.

du délit, puisque la tentative accompagnée d'exécution est le délit consommé [1]. » Cet arrêt ayant renvoyé l'affaire dans laquelle il avait statué devant la Cour de Toulouse, et cette Cour ayant adopté une opinion contraire, la question fut portée devant les chambres réunies de la Cour de cassation, qui posèrent en principe : « que l'art. 405, pour constituer le délit soit d'escroquerie, soit de tentative d'escroquerie, exige, avec l'usage de faux noms ou de fausses qualités, ou avec l'emploi des manœuvres qui y sont spécifiées, le concours de la remise ou de la délivrance de fonds, de meubles ou obligations [2]. » Depuis ce dernier arrêt, la chambre criminelle a constamment jugé « que la remise ou délivrance de fonds ou de valeurs est une des circonstances constitutives du délit d'escroquerie; que l'art. 405 ne contient aucune distinction à cet égard entre la tentative et le délit consommé [3]; » et en déclarant, en dernier lieu : « que l'art. 405 punit également la tentative d'escroquerie et le délit consommé; que, dans l'un et l'autre cas, la loi exige que les manœuvres frauduleuses spécifiées audit article aient eu pour résultat la remise de la chose d'autrui; qu'en effet, il n'y est pas dit « quiconque aura tenté de se faire remettre »; mais « quiconque, par tels ou tels moyens, se sera fait remettre »; et qu'après avoir indiqué la remise comme un fait préliminaire et indispensable pour constituer le délit, la loi ajoute : « et aura, par un de ces moyens, escroqué ou tenté d'escroquer... », sans distinction entre la tentative et le délit consommé; d'où il suit que, jusqu'à cette remise obtenue, il n'existe ni délit ni tentative de délit; qu'on objecterait vainement que le délit est consommé dès que le coupable est arrivé par ses manœuvres à faire remettre ce qu'il veut escroquer; qu'en effet, s'il est vrai que, par cette possession illicite, la tentative conduit promptement à la consommation du délit, elle peut aussi être arrêtée à ce premier degré, soit par la volonté du délinquant s'interrompant dans sa mauvaise action, soit

[1] Cass., 24 fév. 1827, Bull. n. 34.

[2] Cass., 29 nov. 1828, Journ. du dr. crim., t. 1er, p. 83.

[3] Cass., 28 juin 1834 et 6 sept. 1839, Devill, et Car., 1834.1.833, et 1840.1.442.

parce qu'à peine nanti de la valeur remise, il a été empêché d'en faire usage par le détournement qui allait consommer le délit; que c'est cette tentative restée infructueuse pour le coupable que la loi a voulu principalement atteindre, mais aussi qu'elle a voulu faire résulter d'un fait non équivoque, la remise de la chose[1]. »

2225. Ce principe se fonde d'ailleurs sur de graves considérations. Le législateur a été vivement préoccupé, en rédigeant l'art. 405, de la nécessité d'établir une distinction entre les fraudes légères et les fraudes graves, entre celles qu'il est facile d'éviter et celles qui maîtrisent par une sorte de captation la liberté des citoyens. C'est dans ce but, ainsi qu'on l'a déjà vu, qu'il a exigé que les moyens employés fussent des manœuvres frauduleuses qu'il a définies et spécifiées. C'est dans le même but qu'il a voulu que ces manœuvres aient été suivies de la remise des fonds ou valeurs. Si cette remise, en effet, n'a pas lieu, les manœuvres restent vagues et incertaines; il est presque impossible d'apprécier leur caractère, leur habileté, leur puissance. On doit présumer qu'elles ont été inefficaces. Ce n'est qu'en constatant leurs résultats qu'on peut constater leur criminalité. La délivrance des fonds ou des valeurs n'est donc point la consommation du délit, mais bien seulement l'un des caractères essentiels sans lequel toute incrimination est dénuée de base.

Il résulte de là qu'une connexion intime existe entre les moyens employés pour faire opérer la délivrance des valeurs et cette délivrance elle-même. Ce rapport est celui de la cause à l'effet. La loi l'indique d'ailleurs formellement, puisqu'elle porte : *quiconque, soit en faisant usage..., soit en employant..., se sera fait remettre.* Il faut donc dire que si la délivrance a été déterminée par d'autres causes que par l'usage de faux noms et fausses qualités, ou par l'emploi de manœuvres frauduleuses, le délit cesse d'exister ; car c'est seulement lorsqu'elle s'est opérée à l'aide de l'un de ces moyens, qu'elle devient un élément de ce délit. La Cour de cassation a formellement re-

[1] Cass., 11 oct. 1860, Bull. n. 223; et conf. Cass., 22 avril 1841, Bull. n. 106; 4 mars 1842, Bull. n. 52; 20 juin 1845, Bull. n. 200; 25 août 1853, Bull. n. 429.

connu cette règle[1]. Les tribunaux doivent donc avoir soin d'énoncer que la remise des objets détournés a été déterminée par les manœuvres qu'ils spécifient. C'est dans ce sens notamment qu'un arrêt décide « qu'il est nécessaire, pour constituer l'escroquerie, que les manœuvres frauduleuses, qui sont l'élément de ce délit, aient été employées vis-à-vis du propriétaire, possesseur ou détenteur des fonds ou autres objets mobiliers, pour le déterminer, en abusant de sa crédulité, à faire la remise ou délivrance desdits objets[2]. » (V. toutefois *infrà*, n. 2235).

2226. La loi prévoit la remise ou la délivrance des *fonds*, *des meubles ou des obligations*, *dispositions*, *billets*, *promesses*, *quittances ou décharges*. Ces diverses expressions, que le législateur a multipliées pour atteindre tous les actes préjudiciables, indiquent des valeurs de deux espèces : les effets mobiliers, et les obligations écrites.

En énonçant les *fonds* et les *meubles*, la loi a nécessairement exclu les immeubles. L'escroquerie, en effet, de même que le vol, ne peut s'appliquer directement qu'à des choses mobilières; mais il n'en résulte pas qu'elle ne puisse avoir indirectement pour objet des immeubles, en cherchant à se faire remettre, par ses manœuvres, soit les sommes d'argent qui en forment le prix, soit le titre qui en représente la propriété. Ainsi la Cour de cassation a pu juger que le propriétaire qui, à l'aide de baux simulés, d'allégations mensongères et de manœuvres frauduleuses, parvient à faire croire qu'un immeuble est d'une valeur supérieure à sa valeur réelle, et à se faire payer un prix double de cette valeur, peut être poursuivi pour escroquerie[3].

2227. Les expressions *obligations*, *dispositions*, *promesses ou décharges*, embrassent en général tous les actes dont peut résulter un lien de droit, et à l'aide desquels on peut préjudicier à la fortune d'autrui. Toutefois il est nécessaire que l'acte dont la remise a été obtenue rentre dans l'une de ces qualifications.

La déclaration faite en justice par une partie est-elle com-

[1] Cass., 5 mai 1820, Devill. et Car., 6.229 ; J.P.15.989.

[2] Cass., 9 sept. 1850, Bull. n. 310.

[3] Cass., 18 vend. an x, J.P.2.333; Devill. et Car., 1.538; 12 et 17 nov. 1864, Bull. n. 257 et 259.

prise dans ces termes? On a objecté que cette déclaration ne pouvait être considérée que comme une disposition, et que le mot *disposition*, dans la langue légale, ne peut s'appliquer qu'aux actes portant transmission d'une propriété ou d'un droit. La Cour de cassation a jugé que cette expression devait s'appliquer à tout acte pouvant compromettre la fortune d'autrui; que la déclaration faite en justice par la partie oblige celui de qui elle émane; que dès lors le fait de se faire remettre cet acte à l'aide de l'un des moyens énoncés en l'art. 405 constituait le délit d'escroquerie[1]. Il a été jugé, en conséquence que ce délit pouvait avoir pour objet — la souscription d'une assurance, « attendu que l'art. 405 atteint par la généralité de ses termes la souscription d'actes publics ou privés obtenue par les moyens qu'il détermine, aussi bien que la remise de sommes ou valeurs[2], » — la souscription d'un billet, lors même que ce billet ne serait payable qu'en cas de réussite de l'espérance chimérique[3]; — la remise d'un blanc seing[4]; — l'application à son profit, par un chef d'atelier, des salaires d'ouvriers payés par la compagnie dont il est l'agent[5]; — l'exagération frauduleuse des produits d'un office, pour élever le prix de la cession[6]; — la cession d'une créance avec une garantie mensongère[7]; — l'obtention d'une transaction sur la production d'actes altérés[8]; — l'imputation d'un paiement sur une créance autre que celle que le débiteur devait acquitter[9]; — la souscription d'un bail acquitté à l'aide d'une fausse qualité[10].

2228. La remise d'un acte de vente pourrait également faire la matière du délit; car, la délivrance d'un acte de vente renfermant une stipulation de prix, rentre dans la remise des va-

1 Cass., 29 nov. 1838, Bull. n. 370; Devill. et Car., 39.1.331.
2 Cass., 27 mars 1857, Bull. n. 129; 9 avril 1857, Bull. n. 144.
3 Cass., 17 sept. 1857, Bull. n. 342.
4 Cass., 7 avril 1854, Bull. n. 101.
5 Cass., 26 mars 1863, Bull. n. 97.
6 Cass., 18 fév. 1865, Bull. n. 39.
7 Cass., 20 juill. 1865, Bull. n. 150; 8 juill. 1865, n. 142.
8 Cass., 3 mai 1866, Bull. n. 128.
9 Cass., 2 août 1866, Bull. n. 198.
10 Cass., 8 août 1867, Bull. n. 185.

leurs de toute nature énoncées dans l'art. 405[1]. » Il en est de même de toutes les obligations, de toutes les conventions qui peuvent être préjudiciables aux intérêts de celui à qui on les fait consentir. Un arrêt décide « que les expressions *obligations*, *promesses ou décharges*, qu'emploie l'art. 405, sont générales et absolues; qu'elles embrassent tous les actes dont résulte un lien de droit et à l'aide desquels on peut préjudicier à la fortune d'autrui; que la vente ou l'échange d'un immeuble s'y trouvent compris[2] ».

Cette solution s'applique, par conséquent, aux manœuvres qui ont eu pour but, soit d'obtenir le contrat de vente d'un immeuble[3], soit de faire acquérir un immeuble à un prix supérieur à son prix réel[4].

2229. Si l'objet délivré est l'acte même d'une convention que la partie a été amenée à souscrire à l'aide de manœuvres frauduleuses, l'action correctionnelle est-elle recevable? La preuve testimoniale, que cette action admet essentiellement, pourrait-elle être reçue pour prouver contre le contenu de l'acte? En matière de conventions, le principe général est qu'elles doivent être rédigées par écrit, lorsqu'elles excèdent la somme de 150 francs, et qu'on ne peut admettre aucune preuve testimoniale contre et outre le contenu aux actes qui les renferment (art. 1341 du Code civil). L'art. 405 ne contient point d'exception à ce principe; la preuve de la convention elle-même ou des diverses clauses de cette convention ne pourrait donc être faite par témoins devant la juridiction correctionnelle. Mais cette preuve serait inadmissible, outre les cas prévus par l'art. 1348, pour prouver que celui qui a souscrit les actes n'a pas agi avec cette liberté entière sans laquelle il n'y a pas de consentement; qu'à l'aide de faux noms ou de fausses qualités, ou à l'aide de manœuvres frauduleuses qui y sont spécifiées, ce signataire a été trompé, sa confiance surprise, sa bonne foi abusée. Dès que cette fraude et ces manœuvres constituent un délit, il faut bien que les individus qui sont

[1] Cass., 23 mars 1838, Devill. et Car., 1839, loc. cit.
[2] Cass., 26 nov. 1838, Bull. n. 370.
[3] Cass., 12 nov. 1864, Bull. n. 257.
[4] Cass., 17 nov. 1864, Bull. n. 259.

lésés par ce délit puissent en poursuivre la répression. Leur action est recevable toutes les fois que, sans nier l'existence d'un acte, sans alléguer vaguement qu'il a été fait entre les parties autre chose que ce qu'elles ont écrit, ils articulent des faits de fraude et de dol qui attaquent la substance de l'acte, et prononcent qu'il n'a pas été l'œuvre de la volonté libre et entière de celui qui l'a souscrit. Mais si la plainte en escroquerie n'est appuyée sur aucun des faits de fraude précisés par l'article 405, ou si le plaignant dénie l'acte même qu'on lui oppose, ou quelques-unes des dispositions de cet acte, les juges correctionnels ne peuvent accueillir cette plainte ; car ils ne sont compétents que pour connaître du délit, et le délit n'existe que par les faits extrinsèques à l'acte frauduleux qui ont amené sa signature.

La jurisprudence de la Cour de cassation est conforme à cette doctrine. C'est ainsi qu'elle a jugé dans une affaire où l'acte dont l'escroquerie avait provoqué la remise était une transaction passée en forme authentique, mais déterminée par des manœuvres frauduleuses : « que les conventions ne font la loi des parties qu'autant que leur consentement n'est pas vicié par une des causes mentionnées en l'art. 1109 du Code civil, au nombre desquelles se trouve le dol, et par conséquent l'escroquerie, qui n'est qu'une espèce particulière de dol ; que les manœuvres constitutives du dol qui a déterminé le contrat peuvent être prouvées par toutes les preuves légales, même par témoins, sans qu'il y ait lieu de distinguer entre les contrats passés devant notaire, et ceux qui ne résultent que d'actes sous seing privé [1].

Dans une autre espèce, où l'escroquerie avait eu pour but la délivrance d'un acte de vente contenant stipulation d'un prix et ne transférant qu'un droit illusoire, la même Cour a décidé : « que la vente n'est pas plus exceptée qu'aucun autre fait de l'homme des dispositions générales de la loi pénale relatives à l'escroquerie ; que le dol et la fraude dont ce contrat peut être entaché donnent lieu, suivant le plus ou moins de

[1] Cass., 23 nov. 1838, Devill. et Car., 39.1.813 ; Journ. du dr. crim., t. 11, p. 285.

gravité des manœuvres qui les constituent, à une action civile en rescision et en dommages-intérêts ou à une poursuite correctionnelle; que, dans l'espèce, les juges du fait ont pu voir dans ces manœuvres, telles qu'elles ont été par eux appréciées, soit dans leur nature, soit dans l'intention qu'elles révélaient, soit dans leurs conséquences, les éléments essentiels du délit prévu et puni par l'art. 405 du Code pénal; que la délivrance d'un acte de vente renfermant une stipulation de prix rentre dans la remise des valeurs de toute nature énoncées dans cet article [1]. »

2230. La même règle est appliquée soit dans le cas où la fraude a mis la personne lésée dans l'impossibilité de se procurer une preuve civile, soit dans le cas où la convention et le délit sont tellement identifiés qu'ils sont indivisibles. La première hypothèse a été l'objet d'un arrêt qui décide : « que, suivant l'arrêt attaqué, les époux Fourcroye ne dénient pas avoir souscrit une obligation de 1,500 fr., dont ils sont inculpés d'avoir obtenu la remise à l'aide de manœuvres frauduleuses auxquelles la prévention attribue un caractère délictueux qui les ferait tomber sous le coup de l'application de l'art. 405; que les dispositions de l'art. 1341 du Code civil reçoivent exception, suivant l'art. 1348 du même Code, toutes les fois qu'il n'a pas été possible au créancier de se procurer une preuve littérale de l'obligation qui a été contractée envers lui, lorsqu'il s'agit d'obligations qui naissent des quasi-contrats, ou des délits et quasi-délits; que, l'obtention dolosive et l'appropriation du titre à l'aide de manœuvres frauduleuses, imputées aux prévenus, rentrent dans ces exceptions [2] ».

La seconde hypothèse a été résolue par un arrêt rendu à notre rapport et qui déclare : « que la preuve testimoniale a eu pour objet, non de déterminer la quotité des gages dus par le maître à son domestique, mais d'établir que celui-ci avait autorisé son maître à retenir sur lesdits gages une certaine somme d'argent, et d'arriver à démontrer par ce fait l'existence

[1] Cass., 23 mars 1838, Devill. et Car., 39.1.331; Journ. du dr. crim., t. 11, p. 92.

[2] Cass., 30 août 1866, Bull. n. 216.

du délit d'escroquerie; que l'art. 1781 du Code civil, qui dispose que le maître a cru sur son affirmation pour la quotité des gages, doit être renfermé dans ses termes, et qu'au surplus, si la juridiction répressive, appelée à statuer sur un fait civil préexistant au délit dont elle est saisie, est tenue de se conformer aux règles de la loi civile, relativement à la preuve de ce fait, il n'en saurait être ainsi quand le fait civil et le délit s'identifient, et qu'il y a indivisibilité, comme dans l'espèce, entre l'autorisation de disposer des gages et les moyens de fraude employés pour déterminer cette remise[1]. »

2231. Mais la Cour de cassation a en même temps jugé que la collusion par laquelle un vendeur et un acquéreur se sont ménagé la faculté de faire rescinder la vente au préjudice d'un tiers sous-acquéreur, à l'aide d'une contre-lettre tenue secrète, ne peut caractériser une escroquerie : « attendu qu'en admettant comme vrais tous les faits articulés, ces faits, quoique très-répréhensibles en eux-mêmes, ne constituaient point le dol susceptible de peines correctionnelles, vu que, dans les diverses relations qui ont eu lieu entre le plaignant et les prévenus, il n'en est aucune où ces derniers eussent employé le dol pour abuser de la crédulité du plaignant[2] ». La même Cour a également reconnu que lorsqu'une plainte en escroquerie se rattache à l'exécution d'un acte de vente signé par les parties, qu'elle n'allègue aucun fait de dol ou de manœuvres frauduleuses au moyen duquel la signature aurait été déterminée, mais qu'elle articule seulement l'omission d'une condition qui aurait été convenue entre les parties, la voie correctionnelle est interdite : « attendu que la plainte se rattache à l'exécution d'actes signés par les parties, et qu'elle ne présente aucun fait de dol ou manœuvres au moyen duquel on aurait abusé de la crédulité du plaignant pour l'engager à donner sa signature à ces actes[3]. »

Ces arrêts achèvent d'éclairer la distinction que nous avons posée. Dans ces deux dernières décisions, le dol résidait dans

[1] Cass., 30 avril 1868, Bull. n. 115.
[2] Cass., 5 mess. an XI, J.P.3.338 ; Devill. et Car., 1.822.
[3] Cass., 31 oct. 1811, J.P.9.673 ; Devill. et Car., 3.416.

le contrat même, et non dans les moyens employés pour amener sa signature et sa délivrance : il n'y avait donc pas de délit; car il n'y avait pas emploi de manœuvres frauduleuses pour déterminer la confiance et provoquer la remise de l'acte. Dans les premiers arrêts, au contraire, le contrat n'avait été consenti et délivré que par suite des manœuvres prévues et spécifiées par la loi. Ainsi, ce n'est pas la lésion éprouvée par la partie, ce n'est pas même l'intention frauduleuse que la loi punit; ce sont les faits extérieurs à l'acte qui ont eu pour but d'amener sa confection et de faciliter l'abus de cet acte; ce sont les manœuvres qui ont surpris la confiance et enchaîné la liberté du contractant. Cette distinction suffit pour discerner quand une convention entachée de dol et de fraude peut donner lieu à une poursuite en escroquerie ou à une simple action en nullité.

2232. Un dernier élément de l'escroquerie est le détournement. L'art. 405 exige en effet, outre l'emploi des manœuvres frauduleuses et la délivrance des valeurs, que le prévenu ait, par ces moyens, *escroqué ou tenté d'escroquer la totalité ou partie de la fortune d'autrui.*

Les manœuvres ne sont qu'un acte préparatoire du délit, et la délivrance n'est qu'un acte de son exécution. Cette délivrance ne le consomme pas; car si l'agent, pour l'obtenir, a forcé ou surpris la confiance, il peut encore ne pas tromper cette confiance, soit en donnant un bon emploi aux valeurs, soit en les restituant. Le délit n'est donc réellement consommé que par l'abus, c'est-à-dire par le détournement ou la dissipation de ces valeurs : c'est le détournement au préjudice de leur propriétaire, qui, suivant les termes de la loi, constitue proprement l'escroquerie.

Nous avons vu *suprà*, n° 2224, que la Cour de cassation avait implicitement reconnu cette doctrine en décidant que la remise ou délivrance de fonds ou de valeurs est une des circonstances constitutives du délit d'escroquerie, et que cette circonstance est nécessaire aussi bien pour la simple tentative que pour le délit consommé. La remise des valeurs est donc autre chose que la consommation du délit; elle ne constitue donc qu'un commencement d'exécution; elle suppose donc un acte ultérieur qui

consomme le délit, et cet acte est ce que la loi nomme proprement l'escroquerie, c'est-à-dire l'acte qui la consomme, la dissipation ou l'usage des valeurs délivrées à l'aide des manœuvres frauduleuses. Il n'est pas toutefois nécessaire que les valeurs soient dissipées ou qu'il en soit fait usage, pour que l'escroquerie soit réputée consommée; il suffit que l'agent se les soit appropriées, qu'il ait manifesté l'intention d'en faire son profit, qu'elles soient devenues sa propriété, soit que cette appropriation se révèle par le refus de les restituer, ou par l'emploi qu'il en a fait.

Au reste, cette distinction n'est pas aussi grave qu'elle le semble à la première vue, puisque l'art. 405 punit la simple tentative comme le délit consommé, et par conséquent la remise des valeurs déterminée par les manœuvres frauduleuses, lors même que cette remise n'a pas encore été suivie d'un détournement véritable.

2233. Quelques arrêts déclarent même « que la loi n'exige pas qu'il soit constaté que les valeurs remises aient été détournées [1]. » Cela est vrai ; mais la loi exige que l'agent ait *escroqué* les valeurs ; or qu'est-ce qu'escroquer, sinon s'approprier les choses frauduleusement obtenues, et qu'est-ce que cette appropriation, sinon l'acte que l'on qualifie en droit de détournement? Toutefois, comme l'art. 405 assimile au délit la simple tentative, il s'ensuit que ces arrêts, quoique inexacts dans leur formule, sont fondés en droit [2]. On a d'ailleurs affirmé avec raison « que l'art. 405 n'exige pas, comme condition de son application, que les valeurs escroquées aient tourné au profit de l'auteur du délit [3] » ; et qu'il importe peu que la somme d'argent remise dût être restituée en cas de non-réussite, et retenue dans le cas contraire, si le fait n'a été qualifié que de tentative [4] ; ou même que cette somme ait été entièrement restituée, si elle ne l'a été qu'après le délit consommé et

[1] Cass., 17 mars 1857, Bull. n. 129.
[2] Cass., 12 avril 1844, Bull. n. 138.
[3] Même arrêt, et Cass., 9 avril 1858, Bull. n. 144; 26 déc. 1863, Bull. n. 313.
[4] Cass., 17 sept. 1857, Bull. n. 342.

sur la menace faite d'une dénonciation[1]. Au reste, il est indifférent, pour la consommation du délit, que les valeurs remises soient des billets ou obligations entachés de nullité ; car l'obligation, fût-elle nulle parce qu'elle reposerait sur une cause illicite, ce qui se rencontre toutes les fois qu'elle est le résultat du dol, ne saurait enlever au fait son caractère de délit, puisque ce serait par un fait indépendant de la volonté de l'agent qu'elle n'aurait pas d'effet[2].

§ IV. — *De la tentative d'escroquerie.*

2234. L'art. 35 de la loi du 16-22 juillet 1791 ne punissait point la tentative de l'escroquerie. La loi du 22 prairial an IV ne s'applique qu'aux tentatives de crimes. L'art. 17 de la loi du 25 frimaire an VIII étendit la loi du 22 prairial an IV aux tentatives des vols simples, des larcins et des filouteries : il omit de mentionner les escroqueries. M. le président Barris expliquait les motifs de cette omission : « Les vols, les larcins, les filouteries, se réduisent toujours à des faits simples, matériels, faciles à saisir, et dans lesquels par conséquent la tentative se manifeste aussi d'une manière très-simple et très-facile à déterminer dans la moralité comme dans l'acte. L'escroquerie, au contraire, est un délit dont le caractère est en quelque sorte dans le vague, qui se compose de faits indéterminés, et dont la moralité ne s'apprécie jamais sans difficulté. C'est un délit de ruse et de fourberie ; il est subtil, il échappe à l'œil, et le plus souvent ce n'est que par la consommation qu'il peut être déterminé. Le législateur a donc bien pu n'infliger de peine qu'à cette consommation[3]. »

M. Rossi pose formellement en principe que les tentatives d'escroquerie ne doivent être l'objet d'aucune incrimination : « D'autres faits, dit ce savant publiciste, échappent à la justice sociale ; pour nous, la difficulté d'en faire ressortir le caractère criminel est constant : par exemple, les tentatives d'escroquerie. Il est déjà si difficile, dans un grand nombre de cas, de distin-

[1] Cass., 11 janv. 1855. Bull. n. 8.
[2] Cass., 7 avril 1859, Bull. n. 90.
[3] Rép. de jurisp., v° Escroquerie.

guer l'escroquerie de cette adresse, de cette ruse qui, fort blâmable en elle-même, ne donne pas lieu cependant à une poursuite criminelle ! Appeler les hommes à prononcer sur de simples tentatives d'escroquerie, ce serait faire de la justice humaine un jeu, une arène de métaphysique [1]. »

Ces considérations ne sont fondées que dans le cas où la tentative punissable existe par le seul fait des manœuvres frauduleuses, et indépendamment de la remise des valeurs que ces manœuvres ont dû déterminer; il n'est point, en effet, d'incrimination plus vague et plus arbitraire que celle de ces manœuvres isolées du fait matériel, qui seul leur imprime un caractère certain et rend leur criminalité saisissable. Mais si la tentative de l'escroquerie était restreinte au cas où les manœuvres ont déjà opéré la délivrance des fonds, elle aurait pour base un fait déterminé, et pourrait être facilement appréciée. Elle ne différerait, en effet, du délit consommé qu'en ce que les valeurs déjà délivrées à l'agent n'auraient pu être détournées par celui-ci, et que, par suite, le préjudice n'aurait pas été causé. Les critiques que nous venons de rappeler s'évanouiraient donc devant cette règle, qui avait été établie précédemment, que la tentative ne serait punissable qu'autant que les moyens employés auraient amené la remise ou la délivrance des valeurs.

2235. Mais une addition faite à l'art. 405 par la loi du 13 mai 1863 a eu précisément pour but de supprimer l'une des conditions de la tentative légale du délit d'escroquerie, la remise des valeurs. Cette addition, proposée dans le projet primitif, avait été rejetée par le Conseil d'État ; elle a été rétablie par la commission du Corps législatif, qui, dans son rapport, a motivé cet amendement en ces termes :

« La Cour de cassation, dans une jurisprudence à peu près constante, a induit de ce texte que la remise des valeurs est une des conditions constitutives du délit, mais qu'elle ne le consomme pas, que la consommation ne résulte que des détournements ou de la dissipation des fonds délivrés et que les manœuvres, à quelque point qu'elles aient été poussées, ne constituent une tentative punissable que lorsqu'elles ont été suivies de la remise effective des valeurs. Il faut reconnaître que cette jurisprudence emprunte une grande force au texte de l'article 405, qui ne punit la tentative d'escroquerie que lorsqu'elle a été commise

[1] Traité de droit pénal, t. 2, p. 336.

par les *moyens* qui y sont énumérés, moyens qui comprennent à la fois les manœuvres et la remise des fonds. Aussi la doctrine l'approuve assez généralement, en faisant remarquer que l'escroquerie est un délit de fourberies et de ruses, qui se compose de faits vagues et incertains, dont la moralité est difficile à apprécier, et que la tentative ne doit en être punie que lorsqu'elle prend un caractère précis et saisissable, c'est-à-dire lorsque la remise des fonds a été effectuée. Cependant, appelés à statuer législativement sur cette question, nous ne pouvions pas confondre les manœuvres, qui sont les moyens employés par l'escroquerie, avec la remise des valeurs, qui est le but même qu'elle poursuit. S'il est vrai qu'il soit difficile d'apprécier le caractère criminel des manœuvres, tant qu'elles n'ont pas abouti à la remise des fonds, toute la conséquence à en tirer serait que la tentative d'escroquerie n'est pas punissable ; mais il ne faudrait jamais dire que cette tentative n'existe que lorsque les fonds ont été remis effectivement. Il est cependant des cas dans lesquels les manœuvres ont été si directes, si précises, poussées si loin, qu'il serait impossible de se refuser à les trouver criminelles, alors même que la remise des fonds ne les aurait pas suivies. Ne peut-on pas, pour la tentative de ce délit comme pour toutes les autres, s'en rapporter à la prudence des tribunaux, qui ne devront la reconnaître que lorsqu'elle se sera manifestée par un commencement d'exécution sérieux et saisissable, et qu'elle n'aura manqué son effet que par des circonstances indépendantes de la volonté de son auteur ? Nous avons été unanimes à nous ranger à cette opinion, et nous avons voulu faire cesser toutes les incertitudes en incriminant nettement dans l'art. 405 la tentative de se faire remettre des valeurs à l'égal de la tentative d'escroquerie. »

Cette proposition a donné lieu à une discussion assez longue dont il est nécessaire de résumer les éléments principaux :

M. Nogent-Saint-Laurens a dit : « Pour qu'une tentative soit criminelle il faut des conditions très-précises, il faut un commencement d'exécution, il faut, de plus, que la tentative ait cessé par une circonstance étrangère à la volonté de celui qui la commettait. Rien n'est plus sage que ces deux conditions imposées par la loi pour que la tentative soit suffisamment caractérisée. En effet, jamais la loi n'a voulu saisir des abstractions et frapper dans le vide ; elle ne saisit pas la pensée de l'homme même quand elle est mauvaise, elle ne saisit pas la velléité de mal faire ; il lui faut un délit, non-seulement résolu intérieurement, mais matériellement commencé, et quand ce délit est ainsi sorti de l'ordre moral pour entrer dans l'ordre physique et matériel, on a déterminé ce qu'on appelle un commencement d'exécution. Ce n'est pas tout : le délit est commencé, mais la tentative n'est pas caractérisée ; car tant que le délit n'est pas accompli, comme l'homme peut s'arrêter dans la voie où il est entré, la loi ne l'atteint pas s'il fait retraite, il peut avoir un remords, une frayeur, cela suffit. On ne lui demande pas compte de la pensée coupable et du commencement d'exécution qui sont restés sans effet ; il a commencé le délit, mais il ne l'achève pas, il s'arrête de lui-même : il a le bénéfice de cet arrêt volontaire. Si, au contraire, il n'est arrêté que par une volonté extérieure à la sienne, par une circonstance indépendante de sa volonté, alors la tentative devient criminelle. Ces principes posés, voyons la tentative d'es-

croquerie. L'escroquerie est un délit complexe : il y a d'abord un élément préparatoire qu'on appelle manœuvres frauduleuses ; il y a un élément d'exécution commencé qui est la remise de la chose ; il y a l'appropriation définitive, le détournement, la dissipation de la chose remise. Voici comment se manifeste une escroquerie : par des manœuvres frauduleuses, des ruses, des artifices, on fait croire à un individu ce qui n'est pas, on lui donne un espoir chimérique, on prépare ainsi le délit, et quand l'homme est ainsi préparé par ces manœuvres, il vous remet une chose qu'il croit destinée à un emploi utile et qui est destinée au détournement. Le commencement d'exécution est alors parfaitement caractérisé ; la remise a eu lieu, mais le délit n'est pas consommé ; la valeur peut être rendue volontairement ou involontairement ; il faut, pour que le délit soit consommé, qu'il y ait appropriation ou dissipation définitive de la valeur remise. Ainsi, selon la doctrine actuellement reçue, les manœuvres frauduleuses sont des actes préparatoires, la remise est le commencement d'exécution, d'où il suit qu'il n'y a tentative qu'alors que la remise a eu lieu et que le détournement a cessé par une circonstance fortuite, contraire à la volonté de son auteur. Que fait le projet ? Il a inventé une grande difficulté et un grand péril pour la pratique. Il déclare que les manœuvres frauduleuses seules constitueront désormais la tentative. Le mot *tenter* se trouve deux fois dans l'article, d'où il ressort déjà qu'il renferme une double tentative, une espèce de tentative de la tentative, et non pas une tentative de délit. Prenons un exemple : voici un individu qui a une pensée d'escroquerie ; il raconte à quelqu'un qu'il est riche, qu'il a de grands biens à l'étranger, il se fait un crédit imaginaire pour obtenir l'emprunt d'une somme qu'il n'a pas l'intention de rendre. La personne sur laquelle s'exercent ces manœuvres ne se laisse pas tromper et le met à la porte. Y a-t-il tentative ? Oui, avec la rédaction nouvelle. On nous dit : mais si vous exigez la remise d'une valeur en dehors des manœuvres frauduleuses pour arriver à un commencement d'exécution ou à une tentative, il n'y a pas de différence entre la tentative et le délit consommé, c'est la même chose. C'est-là une erreur très-grave. La remise vient d'avoir lieu, l'homme s'aperçoit qu'il a été trompé, il reprend sa chose ; c'est la tentative criminelle. En mettant cette tentative dans les manœuvres frauduleuses, vous la placez dans l'équivoque et dans une région où elle ne peut être sûrement appréciée par le juge. »

M. le commissaire du Gouvernement (M. Cordoën) a répondu : « Je comprends que la tentative doive présenter dans son appréciation des difficultés considérables et que, malgré toutes les définitions, elle doive rester toujours soumise à une appréciation de fait. La tentative doit être manifestée par un commencement d'exécution ; il n'y a pas d'autre disposition dans la loi. Le Code de 1810 exigeait des actes préparatoires, des actes extérieurs, ils ont été effacés dans la réforme de 1832. Mais je les replace dans le Code. Je comprends qu'il y ait des actes préparatoires, des actes qui préparent et non des actes qui consomment. Quand les tribunaux sont saisis d'une tentative de vol, il y a aussi une grande difficulté dans les appréciations. La tentative de vol la mieux caractérisée peut laisser quelques doutes sur sa nature, sur son intention, sur son but. Et cependant voulez-vous rayer de l'art. 401 la disposition qui punit la tentative de vol comme le vol même ? Et parce que l'appréciation de la tentative présente souvent de grandes difficultés,

voudriez-vous que le vol consommé pût mieux préciser notre pensée? Voici un individu qui entre dans un magasin, qui prend un faux nom, une fausse qualité, qui fait croire à de fausses entreprises, qui fait entrer le marchand dans l'erreur où il veut l'entraîner. On va lui livrer les marchandises, on les enlève des rayons, on les met en ballots, on les approche de la voiture qui est là et qui va les emporter. Et puis, au moment où la livraison va s'opérer, le marchand est saisi d'une inquiétude légitime; il s'arrête et la remise n'est pas consommée. Est-ce qu'il n'y a pas là une tentative réalisée? Est-ce qu'il n'y a pas là l'acte préparatoire et le commencement d'exécution? La jurisprudence, malgré la rédaction de l'art. 405, où le mot *tenté* se trouve déplacé et appliqué au but de l'escroquerie, au lieu d'être appliqué aux moyens, la jurisprudence a essayé, par tous les moyens, par tous ses efforts, de venir en aide à l'insuffisance de la loi, et toutes les fois qu'il y a eu une remise même fictive, elle l'a saisie avec empressement. Cette erreur de rédaction, il dépend de vous de la réparer. Quand il s'agit d'un délit sur la fourberie qui ruse même avec la loi, il faut employer les expressions les plus larges. Vous replacerez la tentative là où elle doit être, avant le but, avant la réalisation, consistant dans des moyens identiques à ceux qui constituent l'escroquerie et ne cesse d'être punissable que quand elle s'arrête par la volonté de son auteur avant la réalisation de l'escroquerie. »

M. Ernest Picard a répliqué : « J'ai entendu, non sans surprise, M. le commissaire du Gouvernement dire que la tentative d'escroquerie devrait être punie à l'égal de la tentative de vol et créer entre deux délits d'une nature si différente une analogie qui n'existe pas. L'escroquerie, en effet, est précisément le résultat d'une combinaison de faits insaisissables qui ne constituent pas des actes préparatoires sensibles et qui, par conséquent, ouvrent le champ le plus vaste aux hypothèses et aux poursuites des membres du ministère public. Le projet est une revanche du parquet sur la magistrature. La question a un double aspect; elle a un côté moral; elle touche à ce principe qui admet que le repentir du coupable jusqu'au dernier moment lui ouvre une retraite. C'est pour cela que, prenant l'exemple qui était cité tout à l'heure, je dirai : pourquoi voulez-vous que cet homme, qui n'a pas encore emporté les ballots, puisse être poursuivi et que le fait, qui ne s'est pas encore produit, puisse être la base d'une condamnation pénale? Les lois mal définies n'effrayent pas seulement les escrocs et les malhonnêtes gens, elles effrayent surtout ceux qui tiennent aux principes de la législation pénale et de la liberté. Donner le droit, en matière d'escroquerie, de poursuivre les actes équivoques, qui ne seront pas des actes certains, comme ceux qui se produisent dans le cas de vol, quand le voleur est entré dans la maison, pour suivre des combinaisons qui ne valent quelque chose au point de vue pénal, que lorsqu'elles se résument et se caractérisent par le but atteint, c'est faire une chose que tous les hommes qui ont quelque autorité en cette matière ont toujours refusé de faire. »

M. Jules Favre a ajouté : « L'escroquerie est un délit complexe et jusqu'à un certain point, si je puis le caractériser ainsi, un délit idéal, à la différence du vol qui se compose de la simple préhension furtive de la chose d'autrui. Dans le système de l'art. 405, la tentative est punie; seulement cette tentative doit, pour ainsi dire, se matérialiser. Elle ne s'attache pas aux circonstances idéales, intel-

lectuelles. Il faut un fait positif, matériel. Lorsque ce fait s'accomplit, alors la tentative peut être caractérisée si les autres circonstances du délit se rencontrent. Or, si l'escroquerie peut résulter, non plus du fait matériel, toujours sensible, toujours tangible, mais au contraire de faits intellectuels qui, dans le système de la loi, ne suffisent pas pour constituer une tentative, vous comprenez que l'arbitraire pourra bien se glisser dans la loi. Le juge est condamné à une mission qui est à la fois redoutable et difficile. Il faut que le législateur ne multiplie pas autour de lui les obstacles. Quand, en matière d'escroquerie, il s'agit de savoir si le prévenu a combiné plus ou moins adroitement des manœuvres criminelles, il faut se livrer à une appréciation qui est extrêmement délicate : la limite qui sépare le délit de l'acte immoral n'est pas toujours sensible ; elle est extrêmement difficile à déterminer. Ne multipliez pas les dangers de la mission du juge et ses difficultés en rendant cette mission plus large. Le législateur de 1810 a sagement pensé qu'il était nécessaire, dans un délit de ce genre, de placer la tentative dans le fait matériel. »

M. le commissaire du Gouvernement a répliqué que dans l'escroquerie il y a autre chose que des manœuvres idéales ; qu'il y a aussi des faits matériels qui constituent le commencement d'exécution, comme, par exemple, dans l'hypothèse des ballots de machandises prêts à être chargés sur la voiture qui doit les emmener. Au reste, les tribunaux apprécieront ; il faut s'en remettre à leur appréciation.

M. Segris a insisté sur les objections opposées à ce système : « Devons-nous admettre que la seule tentative pour se faire remettre la chose, abstraction faite de la remise, condition essentielle de l'ancien délit, soit punie ? Je trouve la question extrêmement délicate ; et quand je me place en face des monuments de la jurisprudence qui déclarent, en présence de ces manœuvres intentionnelles et idéales dont on vous parlait tout à l'heure, la nécessité d'y juxtaposer un fait positif et non équivoque pour constituer la tentative, j'avoue que je serais enclin à préférer l'ancien texte au nouveau. »

2236. Nous avons fait connaître (V. nos 2224, 2225 et 2334) les graves considérations qui avaient porté le législateur à exiger, même pour la répression de la tentative, que les manœuvres frauduleuses eussent été suivies de la remise des fonds ou valeurs. Nous nous bornerons à faire remarquer que les orateurs qui ont attaqué la loi en ont peut-être, par un entraînement naturel de leur argumentation, exagéré les conséquences. On ne doit pas perdre de vue, en effet, qu'en ajoutant dans l'article les mots additionnels qu'elle y a introduits, la loi n'a rien changé d'ailleurs à son texte et a maintenu par conséquent toutes les conditions du délit. Ainsi, l'article nouveau, aussi bien que l'ancien, définit le délit d'escroquerie ou de tentative de ce délit, l'action de celui qui, après avoir employé les ma-

nœuvres qui y sont énumérées, se sera fait remettre ou délivrer les fonds ou valeurs, et la loi ajoute : « Et aura, par un de ces moyens, escroqué ou tenté d'escroquer la totalité ou partie de la fortune d'autrui. » La tentative de se faire remettre doit donc être à la fois une tentative de détournement. Elle n'est punissable qu'autant qu'elle est faite en vue de l'escroquerie, en vue de l'appropriation. La loi exige, en effet, une double tentative pour obtenir la remise, pour arriver à la consommation du délit, c'est-à-dire que l'agent, en employant les manœuvres frauduleuses pour se procurer les valeurs, doit avoir pour but de les escroquer. Il est clair que ce dernier élément doit être recherché et constaté, puisque la loi l'a maintenu.

Nous croyons devoir ici encore reproduire les excellentes instructions de la circulaire du 30 mai 1863 : « Le nouveau texte (de l'art. 405) continuera d'exiger, avec l'art. 2, la volonté criminelle persévérante, aussi bien que le commencement d'exécution. La jurisprudence imposera comme par le passé aux rédacteurs de la sentence l'énumération minutieuse des faits, sans laquelle la Cour de cassation, obligée ici d'entrer dans l'examen des manœuvres frauduleuses, ne peut discerner si la condamnation se fonde sur l'escroquerie caractérisée ou sur des mensonges qui échappent à la rigueur de la loi. D'ailleurs, quoique la généralité de l'article doive atteindre les escrocs de toute classe et de tout étage, je vous recommande de veiller à ce que vos substituts, bien pénétrés de la véritable pensée de la loi, ne confondent pas, avec la tentative proprement dite d'escroquerie, les manifestations de dol civil ou commercial contre lesquelles la prudence des contractants est une sauvegarde suffisante et dont la répression n'est pas réclamée impérieusement par l'intérêt social, l'exploitation impudente de la crédulité publique ou les périls du commerce national menacé de discrédit. »

2237. Au surplus, la tentative de l'escroquerie ne peut être punie qu'autant qu'elle est accompagnée de toutes les circonstances mentionnées dans l'art. 2 du Code pénal. Nous avons développé cette deuxième règle dans notre chapitre *de la tentative*[1]. Mais la jurisprudence, sans contester cette règle,

[1] V. notre vol. 1er, n. 267.

n'exige pas que « les tribunaux correctionnels mentionnent dans leurs jugements que la tentative de ce délit a été caractérisée dans les termes de l'art. 2 [1]. » Elle les laisse maîtres de reconnaître les éléments de cette tentative et de déclarer son existence, sans leur demander compte des faits qui la constituent [2]. Nous nous sommes déjà expliqué sur cette jurisprudence et nous en avons signalé les conséquences. (*Voy.* n° 267.)

Il a été jugé, au surplus, que la tentative est caractérisée : — par la production de comptes frauduleux à l'autorité qui doit les acquitter, lorsque ces comptes ont été visés, approuvés et certifiés par les préposés compétents [3] ; — par la production d'un état de créances fausses ou exagérées, lorsque cet état, certifié sincère et définitivement dressé, a été déposé aux mains des personnes qui doivent le payer [4] ; — mais la tentative ne résulterait pas de la seule inscription sur une feuille de contrôle de journées de travail fictives, si le contre-maître qui a fait cette inscription n'a pas cherché à se faire remettre le prix de ces journées [5].

2238. Nous avons achevé d'exposer les trois caractères constitutifs du délit d'escroquerie. Ces caractères sont : 1° les moyens employés, et qui consistent soit dans l'usage de faux noms ou de fausses qualités, soit dans l'emploi des manœuvres frauduleuses spécifiées par la loi ; 2° la remise ou la délivrance des fonds ou des titres obtenus à l'aide de l'un de ces moyens ou la tentative faite pour l'obtenir ; 3° et, en cas d'escroquerie consommée, le détournement des fonds ou l'usage des titres au préjudice du propriétaire. Ce n'est que par le concours de ces éléments que le fait frauduleux prend le caractère légal d'une escroquerie tentée ou consommée, et présente une base régulière à l'application de la peine.

Et il n'est pas inutile de faire remarquer ici que la Cour de

[1] Cass., 28 fév. 1851, Bull. n. 79 ; 6 oct. 1854, Bull. n. 296 ; 4 avril 1857, Bull. n. 142.

[2] Cass., 10 déc. 1842, Bull. n. 323 ; 20 mai 1858, Bull. n. 157.

[3] Cass., 9 nov. 1866, Bull, n. 229, et conf., 19 nov. 1863, n. 273 ; 16 juin 1864, n. 157 ; 21 fév. 1868, n. 49.

[4] Cass., 16 avril 1870, Bull. n. 88.

[5] Cass., 7 fév. 1868, Bull. n. 35.

cassation a inexactement analysé les éléments du délit, lorsqu'elle a déclaré par quelques arrêts : « que les trois caractères constitutifs de l'escroquerie sont : le moyen à l'aide duquel ce délit a été perpétré, le but que s'est proposé le coupable, le résultat qu'il a obtenu ; que le moyen consiste dans les manœuvres frauduleuses employées ; le but, dans les fausses entreprises et les espérances illusoires que ces manœuvres ont pour objet de persuader ou d'inspirer ; le résultat, dans la délivrance des valeurs ou des titres [1]. » Il est impossible, en premier lieu, de séparer les manœuvres du but qu'elles se proposent ; le but n'est autre chose qu'une restriction apportée à ces manœuvres mêmes, leur définition. La loi n'inculpe pas toutes les manœuvres, mais seulement celles qui se proposent et atteignent tel but : ces deux circonstances ne forment donc qu'une seule circonstance, un même élément. Ensuite, le but que se propose l'agent n'est pas de persuader de fausses entreprises ou d'inspirer des craintes ou des espérances ; ces mensonges ne sont qu'un moyen ; son véritable but est la consommation de l'escroquerie. Enfin cet arrêt confond ici la délivrance des valeurs avec la consommation du délit : cette délivrance n'était, avant la rectification législative, qu'un commencement d'exécution, ainsi que le reconnaît un autre arrêt [2]. Si ce commencement d'exécution n'était pas suivi du détournement des valeurs qui consomme le délit, ce délit n'était pas encore consommé, il n'était que tenté, de sorte que les trois caractères énumérés par l'arrêt que nous avons cité ne feraient que constituer la tentative de l'escroquerie.

2239. La précision des caractères de l'escroquerie est d'autant plus nécessaire, que les tribunaux correctionnels ont l'obligation expresse de les constater dans leurs jugements. La jurisprudence de la Cour de cassation a plusieurs fois varié sur l'étendue de cette obligation, ainsi que sur la nature des attributions des juges correctionnels en cette matière.

Sous l'empire de la loi du 16-22 juillet 1791, la Cour de cassation avait posé en principe que les jugements correctionnels

[1] Cass., 23 mars 1838, Devill. et Car., 1839.1.331.

[2] Cass., 6 sept. 1839, Devill. et Car., 1840.1.322.

devaient, à peine d'annulation, constater les faits élémentaires du délit, afin que la Cour de cassation pût elle-même examiner la qualification légale donnée à ces faits. Cette décision était motivée sur ce que « la Cour, investie du droit de juger si les lois pénales ont été bien appliquées, ne peut en apprécier l'application que d'après les faits sur lesquels elle a été prononcée ; que les arrêts des Cours de justice criminelle doivent donc contenir la fixation précise des faits dont l'instruction a produit la conviction, que ces faits seuls peuvent servir de règle à la délibération de la Cour, qui, ne pouvant juger de l'application de la loi sur une déclaration vague de circonstances et de présomptions indéterminées, ne doit y avoir aucun égard ; que ce principe s'applique au délit complexe et moral d'escroquerie, comme aux délits qui se forment par des faits simples et matériels ; que la loi ayant fixé les faits moraux qui peuvent constituer l'escroquerie, les faits simples qui peuvent être les éléments de ces faits moraux doivent être articulés dans les arrêts, et que la Cour a caractère pour juger de la conséquence qui en a été déduite, puisque cette conséquence, qui n'est que la qualification des faits, est la base de l'application de la loi pénale et le lien qui la rattache aux faits simples, dont la déclaration plus ou moins exacte est seulement hors des attributions de la Cour [1]. » Cette jurisprudence se maintint pendant quelque temps sous l'empire du Code pénal [2]. Cependant elle parut fléchir dans quelques espèces où la Cour de cassation rejeta les pourvois formés contre quelques jugements qui n'avaient pas constaté tous les faits élémentaires du délit ; mais, dans ces espèces, le caractère de ce délit semblait incontestable [3]. Ce changement se manifesta complétement à l'occasion d'un jugement qui avait contesté en principe l'obligation de constater les éléments de l'escroquerie ; la Cour de cassation posa cette règle nouvelle : « que la loi, en déterminant ce qui constituait l'es-

[1] Cass., 3 déc. 1807, J.P.6.369 ; *ibid.*, 13 fruct. an XIII et 24 avril 1807 ; et Merlin, Rép., v° Escroquerie, n. 12 ; Toullier, Dr. civ., t. 9, p. 291 ; Devill. et Car., 2.456, 158 et 378.

[2] Cass., 1er oct. 1814, 30 juin 1823, 4 sept. 1824, J.P.17.854 ; 18.1032 ; Devill. et Car., 4.611 ; 7.532.

[3] Cass., 17 août 1821, 11 déc. 1824, J.P.18.1212 ; Devill. et Car., 7.591.

croquerie, n'ayant point fixé les faits constitutifs de ses éléments, en avait par cela même abandonné l'appréciation aux juges du fait [1]. Cette doctrine, qui investissait les tribunaux correctionnels d'une autorité souveraine dans l'appréciation des faits de l'escroquerie, a été confirmée par de nombreux arrêts [2]. Mais la Cour de cassation, la rejetant plus tard, est revenue à sa première jurisprudence : elle s'est reconnu de nouveau le pouvoir d'examiner si les faits inculpés présentent les caractères du délit d'escroquerie ; et dès lors les jugements correctionnels doivent énoncer, comme sous l'empire de la loi de 1791, toutes les circonstances qu'ils considèrent comme constitutives de ce délit [3]. Cette règle a été confirmée par de nombreux arrêts qui déclarent « que les éléments du délit d'escroquerie doivent être spécifiés dans les jugements correctionnels, afin que la Cour de cassation puisse s'assurer que les faits qui le constituent ont le caractère de criminalité exigé par l'article 405 [4]. » Nous nous bornons à indiquer ici les cas où les jugements ont paru suffisamment [5] ou insuffisamment [6] motivés.

2240. Tel est l'état actuel de la jurisprudence ; et, sans entrer ici dans l'examen des attributions de la Cour de cassation [7], nous pensons que ce dernier système offre à la justice de précieuses garanties. La matière de l'escroquerie, par la variété de ses formes et de ses actes, peut donner lieu aux appréciations les plus arbitraires ; et les termes vagues et flexibles de la loi permettent de les étendre à des faits qui n'ont pas les véritables caractères du délit. Il importe donc que ces appréciations diverses puissent être soumises au contrôle d'une juridiction qui, éloignée des faits et isolée de leur influence, peut y vérifier

[1] Cass., 20 mai 1826, Devill. et Car., 8.345.

[2] Cass., 3 fév. 1827, 22 mars 1828, 9 juill. 1830, 30 juill. 1831, etc.

[3] Cass., 17 sept. 1836 et 12 oct. 1838, Bull. n. 306 et 333 ; Devill. et Car., 37.1.509, et 38.1.941.

[4] Cass., 10 mai 1850, Bull. n. 153.

[5] Cass., 31 août 1844, Bull. n. 308 ; 17 fév. 1853, Bull. n. 63 ; 9 août 1861, Bull. n. 176.

[6] Cass., 6 juin 1840, Bull. n. 163 ; 7 oct. 1842, Bull. n. 262 ; 11 juin 1855, Bull. n. 218 ; 20 août 1857, Bull. n. 308 ; 6 fév. 1857, Bull. n. 49 ; 7 mai 1857, Bull. n. 179.

[7] V. Traité de l'instr. crim., t. 7, p. 788.

les éléments de l'incrimination légale. L'appréciation souveraine de ces faits abandonnée aux tribunaux, qu'elle fût ou non plus conforme aux règles de la compétence, avait le grave inconvénient de laisser planer une fâcheuse incertitude sur les caractères constitutifs de l'escroquerie et d'envelopper dans l'incrimination des fraudes distinctes de ce délit. L'examen de la Cour de cassation contribuera à restituer aux faits de fraude leur véritable caractère.

2241. Les faits de complicité du délit d'escroquerie doivent être appréciés suivant les règles établies par les art. 59 et 60. Il est donc nécessaire que les éléments du délit soient constatés vis-à-vis du complice, et qu'en outre les actes de participation de celui-ci soient spécifiés [1]. Ainsi, dans une espèce où le complice avait été condamné pour avoir, par des assertions mensongères, aidé à la vente d'un immeuble à un prix supérieur à sa valeur, il a été décidé : « que les circonstances relevées à sa charge par l'arrêt attaqué ne présentaient aucune participation active et personnelle aux manœuvres qui ont influé sur la détermination de l'acquéreur ; qu'il n'y avait donc pas eu de sa part l'aide et l'assistance exigées par la loi pour constituer la complicité ; d'où il suit que sa condamnation, en vertu des art. 59, 60 et 405, est une violation formelle de ces articles [2]. Dans une autre espèce, au contraire, le pourvoi a été rejeté : « attendu que l'arrêt déclare qu'en s'associant à Guillet, aussi illettré qu'inexpérimenté, et surtout à Neveu, dont il n'ignorait pas les antécédents, le demandeur a nécessairement connu les manœuvres employées par eux et participé à leurs fraudes, dont le succès eût été, sinon impossible, du moins incertain, sans son concours intéressé; qu'après une pareille constatation, c'est à bon droit que le demandeur a été condamné aux peines de la complicité par aide et assistance [3]. »

Mais la constatation des éléments de la complicité n'est plus nécessaire s'il s'agit, non plus d'un complice, mais d'un co-auteur [4].

[1] Cass., 27 déc. 1862, Bull. n. 292.

[2] Cass., 14 mai 1847, Bull. n. 102.

[3] Cass., 4 juin 1859, Bull. n. 143 ; et dans ce sens, Cass., 19 déc. 1867, Bull. n. 262 ; 24 déc. 1869, Bull. n. 274.

[4] Cass., 30 nov. 1867, Bull. n. 243 ; 16 avril 1870, n. 81.

2242. Il semble qu'à l'égard d'un délit qui revêt des nuances si multipliées et dont les degrés sont si divers, le législateur doit se borner à poser le maximum des peines applicables, en laissant au juge la faculté de les atténuer à l'infini, suivant les circonstances. Tel a été aussi le système du Code pénal ; l'article 405 porte « que le coupable sera puni d'un emprisonnement d'un an au moins et de cinq ans au plus, et d'une amende de cinquante francs au moins et de trois mille francs au plus. » Et l'art. 463 permet, en cas de circonstances atténuantes, de ne prononcer que l'une ou l'autre de ces deux peines, et même de les abaisser jusqu'au taux des peines de simple police.

L'art. 405 ajoute toutefois une peine accessoire : « Le coupable pourra être en outre, à compter du jour où il aura subi sa peine, interdit, pendant cinq ans au moins et dix ans au plus, des droits mentionnés en l'art. 42 du présent Code : le tout, sauf les peines plus graves, s'il y a crime de faux. » Nous avons remarqué dans quels cas devait s'appliquer cette réserve des peines de faux. Quant à la peine accessoire de l'interdiction des droits civiques, nous nous bornerons à faire observer que cette privation de droits, étant purement facultative, ne doit être prononcée que dans les cas graves, et qu'elle ne peut l'être lorsque la peine principale est réduite au taux des peines de police.

2243. Il est peut-être utile, pour compléter cette matière, de mentionner quelques dispositions spéciales qui se réfèrent à l'art. 405.

L'art. 368 du Code de commerce porte que, en cas d'assurance faite après la perte ou l'arrivée des objets assurés, l'assureur ou l'assuré convaincu de cette fraude « est poursuivi correctionnellement. » Il a été jugé « que cette disposition impérative de la loi ne peut être purement comminatoire, et conduit à l'application nécessaire et forcée des peines de l'article 405 [1]. »

2244. L'art. 13 de la loi du 17 juillet 1866 et les art. 15 et 16 de la loi du 24 juillet 1867 sur les sociétés en commandite par actions, sont ainsi conçus : « Sont punis des peines portées

[1] Cass., 10 juill. 1857, Bull. n. 262.

par l'art. 405 du Code pénal, sans préjudice de l'application de cet article à tous les faits constitutifs du délit d'escroquerie : 1° ceux qui, par simulation de souscriptions ou de versements, ou par la publication faite de mauvaise foi de souscriptions ou de versements qui n'existent pas, ou de tous autres faits faux, ont obtenu ou tenté d'obtenir des souscriptions ou des versements ; 2° ceux qui, pour provoquer des souscriptions ou des versements, ont, de mauvaise foi, publié les noms de personnes désignées, contrairement à la vérité, comme étant ou devant être attachées à la société à un titre quelconque ; 3° les gérants qui, en l'absence d'inventaires ou au moyen d'inventaires frauduleux, ont opéré entre les actionnaires la répartition de dividendes fictifs. L'art. 463 du Code pénal est applicable aux faits prévus par le présent article. »

Il a été jugé : « que la formation des sociétés en commandite a été réglée et non interdite par la loi du 17 juillet 1856 ; que les appels faits aux capitaux ne peuvent être une cause d'incrimination que lorsqu'ils sont contraires à quelque disposition de la loi qui les a réglés ; que la loi, loin de les interdire, les reconnaît expressément avant la constitution définitive de la société et pour y parvenir [1] ; » — que le même fait peut être poursuivi, soit à titre d'escroquerie, soit à titre d'extorsion frauduleuse de souscriptions [2] ; — que la déclaration d'un arrêt qui reconnaît le prévenu coupable d'avoir, par simulation de souscriptions, en présentant comme entièrement libérées des actions sur lesquelles il n'avait été fait aucun versement, obtenu des versements, est une déclaration de fait qui ne peut être critiquée devant la Cour de cassation [3] ; — que la distribution, au moyen d'inventaires frauduleux, de dividendes fictifs et même la distribution d'intérêts, lorsque l'acte social exige l'excédant de l'actif sur le passif constituant le délit prévu par l'art. 15 de la loi du 24 juillet 1867 [4].

[1] Cass., 8 fév. 1861, Bull. n. 37

[2] Cass., 8 juin 1861, Bull. n. 119.

[3] Cass., 14 déc. 1850, Bull. n. 290. V. encore 2 avril 1859, Bull. n. 89.

[4] Cass., 16 janv. 1871, Bull. n. 14.

CHAPITRE LXXVI.

DES ABUS DE CONFIANCE.

(Commentaire des art. 406, 407 et 408 du Code pénal.)

2261. Dans quels cas il y a abus d'un blanc seing confié.
2262. L'abus doit être frauduleux ; mais la fraude est indépendante de l'usage qui en est fait.
2263. Il faut qu'il y ait préjudice ou possibilité d'un préjudice.
2264. L'abus qui a pour effet d'introduire de faux électeurs dans le cadre remis en blanc d'une liste électorale signée à l'avance rentre-t-il dans les termes de la loi?
2265. La remise du blanc seing est un fait civil qui ne peut être établi que conformément à la loi civile.
2266. Observations sur cette jurisprudence.
2267. Modifications qu'elle reçoit dans la pratique.

§ III. — *Détournement des objets confiés à titre de louage, de dépôt ou de mandat.*

2268. Dispositions du droit ancien sur cette espèce de fraude.
2269. Différences qui la séparent du délit de vol.
2270. Incrimination légale : texte de l'art. 408. Éléments constitutifs du délit.
2271. Ce qu'il faut entendre par le détournement et la dissipation des deniers confiés.
2272. Il n'y a pas de détournement sans une intention frauduleuse.
2273. L'impossibilité de restituer peut être considérée comme un indice de la fraude. Doctrine de M. Merlin.
2274. Il ne suffit pas que le mandataire ait employé les deniers à son usage pour que le delit soit consommé.
2275. Le délit n'est consommé que lorsque la restitution est déniée ou est devenue impossible.
2276. Jurisprudence de la Cour de cassation sur ce point.
2277. Il ne suffit pas que la fraude soit écartée par les juges du fait, si les faits constatés la renferment nécessairement ou implicitement.
2278. Il est nécessaire que les juges du fait, s'ils la reconnaissent, la déclarent en termes exprès.
2279. Il faut que le détournement ait été commis au préjudice des propriétaires ou détenteurs.
2280. Application de cette règle ; questions diverses qu'elle a fait naître.
2281. Le détournement doit avoir pour objet des effets, marchandises ou écrits opérant obligation ou décharge. Exemples divers.
2282. On ne peut considérer comme un détournement d'effets la fraude d'un berger qui fait parquer son troupeau sur le champ d'autrui et prive son maître de l'engrais résultant du parcage.
2283. Il ne suffit pas, pour constituer le délit, que le mandataire ait conservé une partie des deniers, s'il les a retenus pour se couvrir de ses déboursés et frais.
2284. Il faut enfin que la remise ait été faite à titre de louage, dépôt, mandat, ou pour un travail salarié ou non, à la charge de rendre.
2285. Détournement des objets confiés à titre de louage.

§ IV. — *De la soustraction des pièces produites dans une contestation judiciaire.*

2245. Les abus de confiance revêtent des formes aussi variées, des nuances de criminalité aussi multipliées que les escroqueries : moins graves cependant en général, puisque, si le coupable a trompé la confiance qui lui a été témoignée, il n'a point sollicité cette confiance par de criminelles manœuvres, ces infractions morales ne sont même considérées, dans un grand nombre de cas, que comme des fraudes civiles qui ne peuvent donner lieu qu'à des dommages-intérêts.

Le Code pénal a prévu quatre cas d'abus de confiance ; ce sont autant de délits entièrement distincts les uns des autres par les éléments qui les constituent, et qui n'ont de rapport commun que dans le mode de leur perpétration : l'abus des besoins d'un mineur, l'abus du blanc seing, le détournement d'objets confiés à un certain titre, enfin la soustraction des pièces produites en justice.

Nous examinerons les caractères de ces délits dans quatre paragraphes successifs.

§ 1er. — *Des abus commis envers les mineurs.*

2246. L'exposé des motifs du Code explique avec netteté la pensée qui a dicté cette incrimination. « Le Code, a dit M. Faure, renferme plusieurs dispositions nouvelles sur les abus de confiance. L'une atteint ceux qui auront abusé des besoins, des faiblesses ou des passions d'un mineur, pour lui faire souscrire des actes préjudiciables à ses intérêts. Depuis longtemps on gémissait de voir que cette espèce de corrupteurs de la jeunesse pouvait impunément ruiner les fils de famille. En vain le Code civil déclare que la simple lésion donne lieu à la rescision en faveur du mineur émancipé contre toutes sortes de conventions. Ces hommes sans pudeur se font

payer plus cher leurs avances, à raison des risques qu'ils courent; ils prennent toutes les précautions pour éluder l'application de la loi civile. Mais la crainte d'une peine correctionnelle pourra les retenir, et les jeunes gens ne trouveront plus autant de facilité à se procurer des ressources désastreuses pour leur fortune, et quelquefois plus funestes encore sous le rapport des mœurs. »

Le but de l'art. 406 se trouve ainsi clairement défini : c'est de protéger la faiblesse et l'inexpérience des mineurs contre les artifices d'hommes cupides qui les ruinent en leur faisant des avances d'argent aux conditions les plus onéreuses. Il s'agit d'atteindre les prêteurs sur gages, les usuriers, et enfin tous ceux qui abusent de la facilité et des passions des mineurs pour leur faire souscrire des obligations préjudiciables. L'article 406 établit en ces termes les conditions de l'incrimination :

« Quiconque aura abusé des besoins, des faiblesses ou des passions d'un mineur pour lui faire souscrire à son préjudice des obligations, quittances ou décharges, pour prêt d'argent ou de choses mobilières, ou d'effets de commerce, ou de tous autres effets obligatoires, sous quelque forme que cette négociation ait été faite ou déguisée, sera puni d'un emprisonnement de deux mois au moins, de deux ans au plus, et d'une amende qui ne pourra excéder le quart des restitutions et des dommages-intérêts, ni être moindre de vingt-cinq francs. »

2247. Trois éléments sont exigés par ce texte pour l'existence du délit. Il faut : 1° que le coupable ait abusé des besoins, des faiblesses ou des passions d'un mineur ; 2° que cet abus ait eu pour effet de lui faire souscrire des obligations, quittances ou décharges pour prêt d'argent, de choses mobilières ou d'effets de commerce ; 3° que les obligations ou quittances ainsi souscrites soient de nature à porter préjudice au mineur.

C'est dans l'abus des besoins, des faiblesses ou des passions du mineur, que consiste la moralité du délit. La criminalité de l'agent consiste à favoriser, dans un esprit de lucre et de cupidité, les mauvaises passions de la jeunesse ; il les entretient et les échauffe pour en profiter ; il trompe en même temps l'inexpérience du mineur, et lui fait souscrire des obligations onéreuses. Ce délit n'est point, à proprement parler, un abus de

confiance. Sans doute, dans la plupart des cas, la confiance du mineur aura été trompée ; mais, lors même qu'il aurait clairement aperçu les vues du prêteur et la nature de l'obligation qu'il a souscrite, lors même qu'il aurait volontairement consenti au préjudice, le délit n'existerait pas moins; car il ne consiste point à abuser de la confiance, mais bien des besoins, des faiblesses, des passions du mineur.

Les faits qui peuvent constituer cet abus sont nécessairement abandonnés à l'appréciation des juges. Il leur appartient d'examiner si le prêteur a calculé sur l'inexpérience ou le dénûment du mineur, pour réaliser un bénéfice immoral. Seulement il est nécessaire que cette intention soit constatée, puisque seule elle imprime au fait sa criminalité. Il est nécessaire également que l'état de minorité de la victime soit établi ; le délit cesserait d'exister, ou il changerait de caractère, si la personne qui en a été lésée n'était plus dans les liens de la minorité. L'article 406 entend par mineur ceux qui, aux termes de l'art. 388 du Code civil, n'ont pas encore accompli l'âge de 21 ans. La loi suppose que les jeunes gens, après cet âge, ont assez d'expérience pour se défendre des piéges que l'on tend sous leurs pas. Il faut même faire une exception à l'égard des mineurs émancipés qui exercent le commerce : la loi civile les répute majeurs pour les actes relatifs à ce commerce. Il suit de là qu'en ce qui concerne ces artes, l'art. 406 serait inapplicable.

2248. L'art. 406 a eu principalement en vue les usuriers et les prêteurs sur gages qui exploitent les besoins des mineurs à leur profit, mais ses termes ne sont pas restrictifs et la jurisprudence a pu les étendre jusqu'aux courtisanes qui, abusant de la passion d'un mineur, lui font souscrire des obligations onéreuses. Un arrêt de la Cour de Paris avait fait application de cet article à la femme Cour qui, se servant de la passion qu'elle avait inspirée au mineur Debrousse, lui avait fait signer des obligations préjudiciables pour prêt d'argent ou de choses mobilières. Le pourvoi contre cet arrêt a été rejeté : « attendu que si la loi pénale ne doit pas être appliquée par voie d'analogie à des cas qu'elle n'a pas expressément prévus, il est également interdit de la restreindre arbitrairement, en exigeant pour son application des conditions que ne comporte pas la

généralité de ses termes; que peu importe que, dans l'origine, l'esprit du législateur ait été plus particulièrement frappé des dangers que pouvaient offrir pour l'inexpérience des mineurs les manœuvres des *faiseurs d'affaires* et des *usuriers*, s'il s'est servi à dessein d'expressions assez compréhensibles pour embrasser dans la formule légale qu'il employait, non-seulement la classe de personnes et d'opérations qu'il avait spécialement en vue à ce moment, mais encore toutes celles qui, par suite du mouvement progressif et varié des faits, pourraient à l'avenir rentrer dans les conditions générales qui constituent l'incrimination de l'art. 406; qu'en punissant des peines qu'il édicte quiconque, en abusant des besoins, des faiblesses et des passions du mineur, lui a fait souscrire à son préjudice des obligations, quittances ou décharges pour prêt d'argent ou de choses mobilières, l'art. 406 n'a pas exigé comme condition de son application, d'une part, que les obligations aient été souscrites au profit de l'auteur de la pression abusive, et, de l'autre, que les prêts effectués l'aient été également par ce dernier; que, pour que cet article puisse être légalement appliqué au prévenu, quels que soient son sexe, sa condition et le mobile qui l'a fait agir, il suffit qu'il ait abusé des besoins ou des passions du mineur, dans le but de lui faire souscrire des obligations préjudiciables pour prêt d'argent ou de choses mobilières, quelle que soit d'ailleurs la position du prêteur ou du bénéficiaire de l'obligation; que sans doute l'art. 406 ainsi interprété laisse en dehors de ses prévisions le cas de la courtisane qui, même en abusant des passions d'un mineur, s'est fait remettre par lui des cadeaux hors de proportion avec sa fortune et ses ressources, si d'ailleurs elle est restée étrangère aux moyens employés par le mineur pour faire face à ces dépenses, et si elle ne l'a par elle-même poussé à contracter des obligations, pour prêt d'argent; mais que l'arrêt attaqué ne se borne pas à constater la pression abusive exercée par la femme Cour sur le mineur Debrousse, qu'il détermine, en outre, le but qu'elle s'est proposé et le résultat auquel elle l'a conduit, en abusant de ses passions et de ses faiblesses [1]. »

[1] Cass., 22 fév. 1866, Bull. n. 45.

2249. Le deuxième élément du délit est que l'abus ait eu pour résultat la souscription d'une obligation ou décharge pour prêt de choses mobilières. Ainsi l'abus qui n'a pas eu un tel résultat échappe à toute répression ; c'est une tentative que la loi n'a pas prévue. Ainsi les obligations écrites rentrent seules dans les termes de la loi ; les conventions verbales ne sont point un élément du délit. Ainsi, enfin, les obligations souscrites doivent avoir pour objet un prêt d'argent, de choses mobilières ou d'effets négociables.

La loi n'a pas dû prévoir que les obligations pussent s'appliquer à des immeubles, puisque les mineurs ne peuvent en disposer. Toutefois, si le prêt était déguisé sous la forme d'une vente immobilière, cette simulation ne serait pas un obstacle à l'application de la peine, puisque la loi poursuit le prêt des choses mobilières, *sous quelque forme que cette négociation ait été faite ou déguisée.*

2250. La loi exige, comme troisième élément, que les obligations ou quittances aient été souscrites par le mineur *à son préjudice.* Il est donc nécessaire que ces obligations lui soient onéreuses, préjudiciables; si elles étaient favorables à ses intérêts, il n'y aurait point de délit. Mais il est évident qu'il ne s'agit ici que de la possibilité d'un préjudice, et que la nullité même de la quittance ou de l'obligation ne ferait point disparaître l'infraction : car le mineur est incapable de contracter ; et dès lors, si la nullité légale de la convention était un obstacle à l'existence du délit, ce délit n'existerait jamais. Mais si l'obligation puise sa nullité dans d'autres causes que l'incapacité du mineur, par exemple dans un vice de forme, et si, par l'effet de ce vice, le préjudice est impossible, il faut décider, comme nous l'avons déjà fait en matière de faux, qu'il n'y a plus de fait punissable, puisque la simple tentative n'a point été incriminée par la loi.

2251. Telles sont les trois conditions dont la réunion constitue le délit. La peine est un emprisonnement de deux mois au moins, de deux ans au plus. et une amende qui ne peut excéder le quart des restitutions et les dommages-intérêts qui sont dus aux parties lésées, ni être moindre de vingt-cinq francs. En établissant les bases de cette amende, la loi a statué

pour le cas le plus ordinaire, celui où la poursuite a lieu sur la plainte d'une partie lésée. Mais s'il n'y avait pas de partie civile en cause, si le délit était poursuivi d'office, quelles seraient les bases de l'évaluation de cette amende? M. Carnot[1] enseigne que l'amende ne pourrait, dans ce cas, qu'être fixée au *minimum* déterminé par l'article.

Il est évident qu'il en devrait être ainsi si le jugement ne contient pas une évaluation des restitutions et dommages-intérêts. Mais, lors même qu'il n'y a pas de partie civile, le juge, pour satisfaire aux exigences de la loi, doit estimer le dommage résultant du délit, et cette estimation devient une base légale de l'amende[2].

2252. On doit insister sur la fixation du taux de l'amende, parce que cette règle, qui s'applique à tous les abus de confiance, a donné lieu à quelques difficultés. Il est certain, d'abord, comme on vient de le voir, que l'amende est indépendante des restitutions, et que seulement dans ce cas elle ne peut excéder le *minimum* de vingt-cinq francs. Un arrêt décide dans ce sens : « que le *minimum* de cette amende est fixé à vingt-cinq francs, et que c'est son *maximum* seul qui est proportionnel aux restitutions et dommages-intérêts dus aux parties lésées; que s'il n'y avait dans l'espèce à prononcer ni restitutions ni dommages-intérêts, le seul effet que pût produire cette circonstance, c'est d'empêcher le juge d'élever l'amende au-dessus du *minimum* de vingt-cinq francs[3]. » Il suit de là, et nous venons de l'établir, qu'il importe peu qu'il y ait partie civile en cause, puisque l'amende est fixée, non sur les restitutions réclamées, mais sur celles qui sont dues, c'est-à-dire sur le dommage causé[4], et que le juge est tenu d'évaluer ce dommage dans tous les cas pour assigner une base légale à l'amende. Un arrêt porte, en conséquence, « que la présence d'une partie civile n'est pas nécessaire pour déterminer la valeur des restitutions

[1] Comm. du Code pénal, t. 2, p. 381.

[2] Cass., 28 fév. 1862, Bull. n. 61; 4 nov. 1864, n. 248; 13 janv. 1866, n. 16.

[3] Cass., 13 nov. 1840, Bull. n. 325.

[4] Cass., 13 juin 1845, Bull. n 197; 28 fév. 1862, Bull. n. 6.

qui doivent servir de base à l'amende[1]. » D'ailleurs, il faut prendre garde que, aux termes de l'art. 406, la fixation de l'amende doit avoir pour base, non-seulement les restitutions, mais encore les dommages-intérêts[2]. Toute erreur dans la fixation du chiffre de l'amende à un taux supérieur à son taux légal donne lieu à la cassation du jugement, et, s'il y a lieu soit à la réduction, soit à une nouvelle fixation de l'amende, à l'annulation, non pas partielle, mais entière de ce jugement[3].

2253. L'art. 406 renferme un deuxième paragraphe qui porte que « la disposition portée au deuxième paragraphe du précédent article pourra, de plus, être appliquée. » Or, le deuxième paragraphe de l'art. 405 donne au juge la faculté de prononcer l'interdiction temporaire des droits mentionnés en l'art. 42. L'application de cette peine accessoire est donc purement facultative, et il appartient aux tribunaux d'apprécier les cas où elle peut être nécessaire.

§ II. — *De l'abus du blanc seing.*

2254. Le Code pénal n'a point défini le blanc seing dont il punit l'abus. Dans l'acception ordinaire de ce mot, le blanc seing est une signature donnée à l'avance sur un papier blanc, et destinée à ratifier une écriture privée qui doit être placée au-dessus. L'abus de blanc seing consiste dans l'inscription frauduleuse, au-dessus de cette signature, d'un acte préjudiciable au signataire.

L'art. 407 est ainsi conçu : « Quiconque, abusant d'un blanc seing qui lui aura été confié, aura frauduleusement écrit au-dessus une obligation ou décharge, ou tout autre acte pouvant compromettre la personne ou la fortune du signataire, sera puni des peines portées en l'art. 405. Dans le cas où le blanc seing ne lui aurait pas été confié, il sera poursuivi comme faussaire et puni comme tel. »

Trois règles sont écrites dans ce texte : la première, c'est que

[1] Cass., 29 avril 1847, Bull. n. 92.
[2] Cass., 30 août 1849, Bull. n. 228.
[3] Cass., 4 mars 1859, Bull. n. 72.

le blanc seing doit avoir été confié à la personne qui en a abusé; la deuxième, c'est que l'abus consiste spécialement dans l'inscription frauduleuse d'un acte au-dessus de la signature; la troisième, enfin, c'est que l'acte inscrit en fraude doit être de nature à compromettre la personne ou la fortune du signataire. Nous allons développer ces trois règles, qui, par leur réunion, constituent le délit.

2255. L'abus de blanc seing, considéré en lui-même, est un véritable faux; il consiste, en effet, dans une supposition d'acte, une altération de clauses, ou enfin dans une frauduleuse addition aux faits que l'acte signé d'avance avait pour objet de constater. Une seule circonstance le place dans une classe à part : c'est que le blanc seing qui a servi à la fabrication du faux a été volontairement confié au faussaire. Les infractions puisent leur gravité non-seulement dans le préjudice qu'elles causent, mais encore dans la difficulté que l'on éprouve à s'en garantir. Ainsi les vols commis soit avec violence, soit par l'abus d'une confiance nécessaire, ont été placés au rang des crimes, parce qu'il est plus difficile de les prévenir et de s'en mettre à l'abri. Mais la protection de la loi est plus restreinte, lorsque ces infractions ont pu être inspirées et déterminées par une imprudence grave ou une confiance aveugle. Ainsi le vol commis dans une maison habitée n'est plus qu'un simple délit, si cette maison est restée ouverte, et que le voleur ait pu s'y introduire sans escalade ni effraction; ainsi le vol commis dans une maison par une personne qui y était admise n'est également qu'un simple délit, si cette personne n'est point un domestique de cette maison, si le maître n'était point enchaîné envers elle par une confiance nécessaire. La même règle a été appliquée en matière de faux. Celui qui volontairement donne un blanc seing dont le mandataire abuse en le remplissant d'une manière contraire à son mandat, commet la même faute que celui qui signe indirectement et sans le lire un acte privé qu'il n'a point écrit. Dans l'un et l'autre cas, l'imprudence qui a provoqué, ou du moins fait réussir une supposition d'acte que la prévoyance la plus ordinaire aurait prévenue, ôte à cette fraude le caractère de faux : l'agent a été porté, en quelque sorte, par cette imprudente confiance à commettre une action qu'il n'a-

vait pas préméditée ; cette action n'est donc pas aussi grave que s'il avait lui-même conçu le dessein du crime, et s'il en avait audacieusement préparé l'exécution.

2256. Il suit de là qu'on doit distinguer, avec la loi, si le blanc seing *a été confié* à la personne qui en a abusé, ou si cette personne s'en est emparée par fraude, par adresse, ou même en est devenue possesseur par des circonstances fortuites. Dans le premier cas, l'abus n'est qu'un délit, parce que le signataire doit s'imputer son imprudence et la facilité qu'il a donnée pour le commettre. Dans le second cas, la supposition ou l'altération de l'acte conserve son caractère de faux; car l'agent ne peut plus alléguer la facilité qu'il a trouvée à la perpétration du délit, et le signataire n'a plus à s'imputer une confiance livrée avec trop de légèreté. Cette distinction, quelque simple qu'elle soit, a donné lieu à plusieurs difficultés.

2257. En premier lieu, le blanc seing ne peut être réputé avoir été confié à un tiers que lorsqu'il a été remis à cette personne à titre de blanc seing et avec un mandat quelconque. Ainsi, dans une espèce ou un individu, auquel une pétition signée avait été remise, avait écrit une obligation entre la pétition et la signature, la Cour de cassation a considéré et décidé : « que la signature dont l'accusé a été convaincu d'avoir abusé ne lui avait pas été donnée en blanc, mais qu'elle avait été apposée au bas d'une pétition, et que c'est en supprimant le corps de cette pétition qu'il a substitué un billet à ordre sur le blanc qui restait entre la dernière ligne de cette pétition et la signature; que cette signature n'était pas un véritable blanc seing, puisqu'elle avait été apposée au bas d'un écrit ; qu'en supposant que ladite signature fût un blanc seing, elle n'avait pas été confiée comme telle à l'accusé, puisqu'elle ne serait devenue blanc seing que par la suppression frauduleuse de la pétition au bas de laquelle elle était apposée; qu'il suit de ces considérations que ce fait est un véritable faux en écriture [1]. »

Dans une autre espèce, une personne avait remis ses nom et prénoms, à titre d'adresse, à un tiers; celui-ci fabrique au-

[1] Cass., 22 oct. 1812, Devill. et Car., 4.205.

dessus de ces noms une obligation à son profit : la chambre d'accusation n'avait vu dans cette fabrication qu'un abus de blanc seing. La Cour de cassation a décidé : « que, d'après le texte formel de l'art. 407, il faut nécessairement qu'une signature ait été donnée en blanc, et que ce blanc seing ait été commis à la fidélité de celui qui, au lieu de s'en servir suivant les vues du signataire, en a abusé pour écrire au-dessus une obligation ou tout autre acte pouvant compromettre sa personne ou sa fortune ; qu'ainsi l'abus de blanc seing, commis de la manière indiquée en l'art. 407, ne reste sujet à la simple application des peines correctionnelles que dans le seul cas où le blanc seing a été confié comme tel à celui qui en aurait abusé, et que, hors ce cas, l'abus même du blanc seing doit être poursuivi et puni comme le crime de faux[1]. »

Dans une troisième espèce, un notaire avait obtenu par surprise la signature d'une personne sur une feuille de papier timbré, et avait fabriqué au-dessus de cette signature une procuration lui donnant pouvoir de faire un emprunt. Il a été décidé que « ce fait ne constituait pas l'abus d'un blanc seing confié à celui qui en avait abusé, mais qu'il avait le caractère d'un faux[2]. »

2258. Cela posé, celui auquel le blanc seing a été confié devient-il faussaire par cela seul qu'il n'a pas écrit lui-même la fausse convention au-dessus de la signature, mais qu'il l'a fait écrire par un tiers? Nous avons déjà eu l'occasion d'examiner cette question en traitant du faux[3]; nous ajouterons ici quelques développements. La Cour de cassation a statué trois fois sur cette question : par un premier arrêt elle déclare « que, dans l'espèce, il a été reconnu par le jury que le blanc seing avait été frauduleusement rempli par Osart, à qui le signataire ne l'avait pas confié ; que la fabrication de fausses conventions faites par lui au-dessus de ce blanc seing constituait un crime de faux ; qu'il a été également reconnu par le jury que Mongloux, auquel ledit blanc seing avait été confié par le signataire,

[1] Cass., 2 juill. 1829, Journ. du dr. crim., t. 1, p. 255.
[2] Cass., 25 janv. 1849, Bull. n. 20.
[3] V. notre tome 2, n. 655.

l'avait frauduleusement livré à Osart, et qu'il l'avait même aidé dans la fabrication de fausses conventions dont celui-ci l'avait rempli; que ce fait reconnu contre Mongloux ne rentrait pas dans la première disposition de l'art. 407; que, d'après l'art. 60, il établissait contre lui un fait de complicité de faux commis par Osart; que, d'après l'art. 59, la peine encourue par celui-ci lui était donc applicable [1] ». La question s'est présentée une seconde fois devant la Cour, et elle a jugé, contrairement à ce premier arrêt : « qu'aux termes de l'art. 407, l'accusé, s'il était l'auteur direct de l'usage frauduleux dont il s'agit, ne serait punissable que des peines correctionnelles portées dans cet article, puisque le jury a reconnu que ce blanc seing lui avait été confié par celui au préjudice duquel il en a été abusé ; qu'il ne peut donc être condamné à une peine plus forte dans l'espèce, lorsqu'il n'est déclaré coupable que comme complice de faux [2]. » Enfin, par un troisième arrêt, la Cour de cassation, revenant à sa première jurisprudence, a décidé « que l'abus de blanc seing prenait les caractères du crime de faux, dès que celui auquel il a été confié s'était adressé à un tiers pour faire écrire frauduleusement au-dessus de la signature la convention supposée [3]. »

2259. Au milieu de ce conflit de jurisprudence, on peut penser que l'abus de blanc seing ne change point de caractère, par cela seul que son auteur s'est servi de la main d'un tiers pour sa perpétration. En effet, le concours de ce tiers ne saurait effacer le fait que le blanc seing a été confié au prévenu, qu'il n'a fait que profiter d'une occasion qui lui a été offerte, qu'il n'a commis qu'un abus de son mandat; le concours de ce tiers ne saurait faire peser sur l'agent une préméditation qu'il n'a pas eue, une entreprise audacieuse qu'il n'a pas conçue. L'action conserve le même caractère à son égard, avec cette seule différence qu'elle a été commise de complicité; mais la complicité n'est une circonstance aggravante ni du faux ni de l'abus du blanc seing. Comment admettre, d'ailleurs, que celui

[1] Cass., 4 fév. 1819, Devill. et Car., 6.22; J.P.15.59.
[2] Cass., 8 avril 1830, S.30.1.297.
[3] Cass., 31 janv. 1835, Devill. et Car., 35.1.289.

qui abuse du blanc seing qui lui a été confié ne commette qu'un délit, et que le même agent qui provoquera la perpétration de ce même abus se rendra coupable d'un crime? Est-ce que, dans le système de notre législation, la provocation au crime est un acte plus grave que la perpétration même du crime? La question ne semble offrir quelques difficultés qu'en ce qui concerne ce tiers qui, étranger à la remise du blanc seing, a tracé, sur la provocation du mandataire, une fausse convention au-dessus de la signature : son action doit-elle être considérée comme un faux principal, ou comme une complicité de l'abus du blanc seing? Il est évident qu'il se rend auteur principal d'une fausse convention, d'un acte frauduleusement fabriqué, d'un crime de faux : vainement prétendrait-il que le lanc seing a été librement confié; ce n'est point à lui que cette remise a été faite; il n'a point été investi de la confiance imprudente du mandant; il n'a point subi cette espèce de provocation résultant d'une signature mise à sa discrétion; enfin, il n'est point complice : il a lui-même fabriqué l'acte supposé, il s'est donc rendu coupable d'un faux principal. Mais ces deux agents qui ont participé au même fait seront-ils donc punis, l'un comme coupable d'un crime de faux, l'autre d'un délit d'abus de blanc seing? Cette conséquence, en apparence contradictoire, n'a cependant rien de contraire aux règles du droit. L'abus de blanc seing n'est qu'un faux atténué par une circonstance personnelle à l'agent. Les deux complices sont déclarés coupables du même fait, mais ce fait est diversement qualifié à l'égard de l'un et de l'autre, parce que l'un d'eux puise une excuse personnelle dans la remise qui lui a été faite du blanc seing. L'art. 59, qui veut que les complices soient punis des mêmes peines que les auteurs principaux, n'est point une règle absolue. Ainsi, lorsque l'auteur principal ou le complice a moins de 16 ans, l'atténuation de peine que cet âge justifie ne profite point au plus âgé. Ainsi, lorsque l'un ou l'autre est en état de récidive, l'aggravation que cette position produit est toute personnelle à celui sur lequel elle pèse. Or la qualité de mandataire est personnelle à celui des deux agents à qui ce titre est reconnu; il ne peut donc perdre le bénéfice de l'atténuation qui en résulte, soit qu'il soit l'auteur principal, ou le

complice de l'abus; mais ce bénéfice ne s'étend point à l'autre agent, car il est étranger au contrat où l'atténuation prend sa source.

2260. La ligne qui sépare le faux et l'abus de blanc seing est donc nettement tracée. Il y a faux si la signature n'a pas été donnée à titre de blanc seing, si le prévenu n'a pas reçu le blanc seing par l'effet de la confiance du signataire, mais se l'est procuré par ruse ou artifice, enfin si l'auteur de la fabrication n'est pas la personne même à laquelle la signature a été confiée. Mais cette fabrication ne constitue qu'un simple abus de blanc seing, au moins en ce qui concerne le mandataire, quand le blanc seing a été confié librement par le signataire, et que la fabrication d'acte a été faite par celui auquel il a été confié, ou de concert avec lui.

Cette distinction doit-elle recevoir une exception, si la personne à laquelle le blanc seing a été remis et qui en a abusé est un officier public, et par exemple un notaire? Cette question s'est élevée dans une espèce où le notaire, dépositaire du blanc seing, avait écrit au-dessus de la signature une obligation qu'il supposait avoir été passée devant lui, et à laquelle il avait donné une forme authentique. La chambre d'accusation de la cour de Rennes a déclaré, le 17 juin 1840 : « que, quelque généraux que soient les termes de l'art. 407, ils ne peuvent s'appliquer au prévenu, qui non-seulement a abusé de la confiance des signataires des blancs seings, mais qui a, de plus, fait un usage coupable des pouvoirs qu'il tenait de la loi, à l'effet de donner aux conventions privées le caractère d'actes de l'autorité publique; qu'en constatant faussement l'accomplissement des formalités prescrites pour qu'elles acquièrent ce caractère, il a violé toutes les garanties sous la foi desquelles la loi a voulu qu'il fût ajouté foi aux actes jusqu'à inscription de faux; qu'aussi l'art. 146 du Code pénal prescrit-il d'appliquer à tout officier public, sans exception, qui dénature ainsi les actes qu'il rapporte en cette qualité, la peine afflictive et infamante qu'il détermine, en rangeant ainsi ces faits, dans tous les cas, au nombre des crimes, quels que soient les moyens à l'aide desquels ils ont été commis. » La Cour de cassation, à laquelle cet arrêt a été déféré, a rejeté purement et simplement le pour-

voi [1]. L'unique motif sur lequel cette décision s'appuie est que le notaire a commis le crime de faux, non point parce qu'il a supposé une convention, mais parce qu'il a donné à cette convention supposée le caractère d'un acte public. Il est certain, en effet, que l'abus de blanc seing ne change point de nature parce qu'il est commis par un notaire ; la loi n'a point attaché à cette qualité l'effet d'une circonstance aggravante ; et les motifs qui ont dicté l'art. 407 s'appliquent aussi bien au cas où le délit est commis par un officier public que par toute autre personne ; d'ailleurs les termes de cet article sont généraux et ne permettent aucune distinction. Ainsi le notaire qui abuse du blanc seing qui lui a été confié, pour y tracer une fausse obligation, n'est passible, comme tout autre mandataire, que des peines de l'art. 407. Mais s'il suppose, en même temps, que le signataire a comparu devant lui, et que les formalités légales qui entourent l'acte public ont été accomplies, cette falsification place à côté de l'abus de blanc seing un véritable faux en écritures publiques ; car on y trouve les trois caractères de ce crime, la constatation d'un fait faux dans un acte authentique, avec une intention criminelle et la possibilité d'un préjudice. Nous avons développé dans notre chapitre du faux les règles dont cette solution n'est que la conséquence.

2261. Une deuxième condition de l'application de l'art. 407 est qu'il y ait un *abus frauduleux* du blanc seing ainsi confié. Cet abus consiste, suivant les termes de cet article, dans l'inscription frauduleuse d'un acte au-dessus de la signature. Telle serait l'inscription d'un acte de vente sur un blanc seing destiné à recevoir une procuration [2], d'un billet à ordre sur un blanc seing destiné à fixer un règlement de compte [3].

Si la signature était précédée de quelques mots écrits ou imprimés, et que le prévenu n'ait fait que remplir les blancs laissés à dessein entre ces mots, cette action constituerait-elle un abus de blanc seing? Cette question s'est présentée deux fois devant la Cour de cassation. Dans la première espèce, les

[1] Cass., 30 juill. 1840.
[2] Cass., 28 janv. 1809, J.P.7.339.
[3] Cass., 27 fév. 1862, Bull. n. 59.

signatures dont on avait abusé étaient précédées des mots *bon pour*. La Cour d'Amiens jugea que ces actes n'étaient pas des blancs seings dans le sens de l'art. 407. La Cour de cassation déclara : « que cette décision était en opposition avec la disposition de cet article, qui définit le blanc seing une signature au-dessus de laquelle on peut écrire frauduleusement une obligation ou décharge; que cette définition ne pourrait exclure le *bon pour*, puisque le *bon pour*, dans certaines circonstances, peut seul rendre la signature obligatoire; que dès lors l'abus d'un *bon pour* joint à la signature aggrave encore le préjudice porté au signataire ; que cette circonstance aggravante ne saurait faire disparaître le délit[1]. » Dans la deuxième espèce, il s'agissait d'une signature apposée à l'avance au bas d'un modèle de transfert imprimé. Le prévenu niait que ce fût là un blanc seing; il prétendait qu'un écrit désignant une certaine opération ne pouvait avoir ce caractère; qu'un blanc seing est une signature donnée de confiance sur un papier blanc; qu'il était impossible de substituer une convention à celle désignée dans l'imprimé, et que remplir quelques blancs dans un acte rédigé à l'avance n'était pas abuser d'un blanc seing. Ces objections sont dénuées de fondement. Qu'est-ce que la loi a voulu punir? C'est l'abus d'une signature confiée à un tiers. Qu'importe que cette signature ait été complétement en blanc, ou qu'elle ait été donnée sur un acte où il restait seulement des blancs à remplir? Il suffit qu'en remplissant ces blancs l'agent ait fabriqué une obligation de nature à compromettre le signataire. Qu'importe encore qu'il n'eût pu inscrire au-dessus de la signature, à raison des mots imprimés, qu'une seule espèce d'acte? Il suffit, aux termes de la loi, qu'un acte y ait été frauduleusement inscrit : la faculté de choisir la convention qu'il a fabriquée n'ajoute ni n'ôte rien à la culpabilité de l'agent. — Cette doctrine a été confirmée par la Cour de cassation[2]. Il a été décidé, notamment dans une espèce où un billet avait été transféré avec un endossement en blanc dont il avait été fait abus, « que l'art. 407 n'exige pas que la signature confiée soit

[1] Cass., 14 janv. 1826, Bull. n. 8.
[2] Cass., 11 mars 1825, Devill. et Car., 8.72 ; J.P.19.289.

sur une feuille de papier entièrement blanche, ou que celui à qui elle est confiée puisse y écrire diverses conventions à son choix; qu'il suffit, pour son application, que l'on puisse abuser de la signature en remplissant le blanc d'une manière propre à compromettre la personne ou la fortune du signataire [1]; » enfin, dans une espèce où un individu avait remis à son créancier un papier portant *bon pour* 300 francs, daté et signé, que l'abus fait par celui-ci qui avait écrit au-dessus de cette ligne un billet à ordre à époque fixe, pouvait, surtout dans les circonstances de la cause qui établissaient un véritable mandat, constituer un abus de blanc seing [2].

2262. L'abus du blanc seing n'est point punissable s'il n'est *frauduleux*. Comment l'incriminer, en effet, si l'inscription de l'acte supposé n'a été qu'un jeu ou qu'une vaine menace, et si son auteur n'a jamais eu l'intention d'en faire usage? Mais cette intention ne peut-elle résulter que de cet usage même? en d'autres termes, l'abus existe-t-il par le seul fait de la fabrication de l'acte, indépendamment de cet usage? On lit dans un arrêt de la Cour de cassation : « que l'abus du blanc seing consiste non-seulement dans la fabrication de fausses obligations ou décharges sur le blanc seing, mais encore dans l'usage frauduleux qui peut en être postérieurement fait; que c'est principalement par cet usage que l'effet de l'abus de blanc seing est produit et réalisé [3]. » Mais il est à remarquer que, dans l'espèce où cette décision est intervenue, il s'agissait de poser le point de départ de la prescription du délit, et que le but de la Cour était de ne la faire courir que du dernier des actes d'usage. La question ne fut donc point examinée par cet arrêt. Elle s'est présentée récemment avec netteté devant la Cour de Paris, et cette Cour a décidé : « que le délit d'abus du blanc seing ne consiste pas seulement dans le fait matériel d'avoir écrit au-dessus de la signature librement confiée une obligation pouvant compromettre la fortune du signataire, qu'il faut encore qu'à ce fait se joigne la preuve de l'intention frau-

[1] Cass., 23 sept. 1843, Bull. n. 250.
[2] Cass., 27 fév. 1862.
[3] Cass., 21 avril 1821, Bull. n. 70 ; Devill. et Car., 6.424.

duleuse de celui qui a écrit la convention fausse; que l'usage de la convention, en révélant l'intention frauduleuse de celui qui l'a écrite, en réalisant le préjudice à l'égard du signataire trompé dans sa confiance, est véritablement l'acte qui donne l'existence au délit jusqu'alors imparfait; que le législateur a si bien considéré l'usage comme un élément constitutif du délit d'abus de blanc seing, et non comme un délit principal et distinct, qu'il n'en a fait l'objet d'aucune disposition spéciale, et n'a prononcé aucune peine contre le simple fait d'usage[1]. »

Cette interprétation est-elle bien conforme aux règles de la matière? Quel est le fait puni par l'art. 407? C'est l'inscription frauduleuse d'un acte sur le blanc seing; il porte : *Quiconque aura frauduleusement écrit au-dessus du blanc seing une obligation.* D'après ce texte, le délit se trouve consommé par l'inscription de l'acte, pourvu que cette inscription soit accompagnée de fraude. La loi est muette sur l'usage; elle n'en fait point une condition du délit. Sans doute il est nécessaire que l'agent ait eu le dessein de faire usage de l'acte supposé, sans doute il faut que ce dessein soit constaté au procès. S'il a tenté cet usage, ou s'il l'a réalisé, la fraude n'en est que plus évidente et le délit mieux établi. Mais cette circonstance n'est qu'une preuve de la fraude; elle n'est point un élément du délit. Il ne faut point perdre de vue, d'ailleurs, qu'il s'agit ici d'un véritable faux, et qu'en matière de faux la loi punit la fabrication de l'acte supposé indépendamment de son usage. Or par quel motif le législateur eût-il fait exception à cette règle en ce qui concerne l'abus de blanc seing? Le danger de cette falsification n'est-il pas le même dans les deux cas? L'agent ne peut-il pas, à tout moment, se servir de l'instrument qu'il a préparé? Faudrait-il que la personne qui a livré imprudemment sa signature demeure indéfiniment sous la menace de l'usage qui peut être fait de l'acte supposé? A la vérité, la loi n'a point fait de l'usage de l'abus, comme de l'usage du faux, un délit distinct. Mais faut-il donc en conclure que la fabrication ne peut être punie indépendamment de cet usage? La seule raison de ce silence, c'est que, l'usage de la conven-

[1] Arr. Paris, 14 oct. 1840.

tion supposée sur le blanc seing étant le plus souvent fait par l'auteur même de l'abus, il était inutile d'incriminer cet usage séparément.

2263. Le troisième élément du délit consiste dans la possibilité d'un préjudice. Il est essentiel que l'acte inscrit au-dessus de la signature puisse *compromettre la personne ou la fortune du signataire*. Tout acte qui n'aurait pas nécessairement cet effet, alors même qu'il aurait été écrit avec une frauduleuse intention, ne constituerait pas un abus punissable. Ainsi la supposition d'une obligation nulle, d'un billet non exigible, d'une convention sans cause, ne produirait aucune action, dans le cas même où la nullité de l'acte fabriqué ne serait due qu'à l'ignorance de l'agent; car, si cette supposition présente, dans ce cas même, une intention criminelle, elle n'offre plus le fait matériel nécessaire pour constituer le délit, fait qui se compose de la supposition d'un acte *pouvant compromettre* la personne ou la fortune du signataire. La Cour de cassation a jugé, conformément à cette doctrine, « que l'insertion, par une personne, de son nom dans le blanc laissé dans une procuration qui lui avait été remise après la révocation régulièrement faite de cette procuration, ne suffisait pas pour constituer un abus de blanc seing; que cet abus ne pouvait résulter que de la création ultérieure d'une obligation souscrite en vertu de la procuration et au nom du mandant, puisque cette obligation seule faisait naître un préjudice [1]. » La même Cour a jugé, dans une autre espèce, « que l'inscription au-dessus d'un blanc seing d'un certificat de bonnes vie et mœurs pouvait constituer un abus punissable, lorsque ce certificat, étant destiné à opérer la réception frauduleuse d'un remplaçant dans l'armée, était de nature à compromettre la responsabilité du maire qui avait confié sa signature [2]. » Il suit de là que si le certificat ne produit pas les mêmes effets, s'il ne réfléchit aucun préjudice contre le signataire, la rédaction au-dessus de sa signature ne constituerait aucun délit.

2264. Y a-t-il préjudice, dans le sens de l'art. 407, dans l'abus

[1] Cass., 26 fév. 1836, Bull. n. 61; Devill. et Car., 36.1.302.
[2] Cass., 1er mai 1829.

qui est fait par un maire d'un cadre destiné à recevoir les noms d'électeurs et qu'il remplit frauduleusement du nom de personnes qui n'ont pas cette qualité ? Le prévenu avait profité de la remise qui lui avait été faite d'un cadre imprimé, signé à l'avance par le percepteur, pour substituer à deux électeurs les noms de deux de ses proches qui n'avaient pas les conditions requises. D'après la législation de cette époque (art. 11 et 32 de la loi du 25 mars 1834), le maire devait être assisté du percepteur pour dresser la liste des électeurs communaux. La signature de celui-ci engageait donc sa responsabilité. Dans ces circonstances, il a été jugé « que les faits présentent tous les caractères du délit prévu par l'art. 407, à savoir : la fraude qui a présidé à l'usage du blanc seing, l'application de cette fraude à un acte administratif ayant pour objet la constatation légale des conditions nécessaires à l'exercice d'un droit, les conséquences préjudiciables soit à la personne, soit à la fortune du signataire, résultant de cette sanction mensongère qu'il est censé donner à des faits dont il lui appartient, en sa qualité de fonctionnaire, d'établir l'existence et de certifier l'exactitude[1]. » Le même question s'est présentée en matière de faux. (*Voy.* n° 557.)

2265. Nous avons établi les trois conditions légales du délit d'abus de blanc seing : la loi exige qu'un blanc seing ait été volontairement confié par le signataire ; que la personne à laquelle il a été confié en ait abusé en inscrivant frauduleusement un acte au-dessus de la signature ; que cet acte soit de nature à compromettre la personne ou la fortune du signataire. La réunion de ces trois éléments constitue le délit ; mais, en cette matière, et d'après une jurisprudence que nous allons examiner, il ne suffit pas, pour l'exercice de l'action publique, que le délit existe : la poursuite peut donner lieu à une grave difficulté.

La Cour de cassation a jugé, en effet, que la preuve testimoniale est inadmissible, et par conséquent la juridiction correctionnelle incompétente, en cas d'abus de blanc seing, lorsque l'obligation inscrite au-dessus de la signature est supérieure à

[1] Cass., 17 mai 1845, Bull. n. 174.

150 fr. Les motifs de cette décision sont : « que la juridiction correctionnelle doit se conformer aux règles du droit civil relatives à la preuve testimoniale, lorsqu'elle est saisie de la connaissance d'un délit consistant dans la violation d'une convention dont il faut d'abord établir l'existence; qu'aux termes du droit civil, la preuve d'une convention ne peut être faite par témoins, lorsqu'il s'agit d'une valeur supérieure à 150 fr., à moins qu'il n'y ait un commencement de preuve par écrit; que lorsque le délit allégué consiste dans l'abus d'un blanc seing au-dessus duquel on aurait écrit une convention d'une valeur supérieure à 150 fr., la feuille sur laquelle le prétendu blanc seing aurait été donné contient un acte complet, et qu'on ne peut séparer la convention qu'il renferme de la feuille qui la constate, pour être admis à prouver par témoins la remise d'un blanc seing sur cette feuille, et, par suite, l'abus qui en a été fait, à moins qu'il ne fût articulé que cette remise a été le résultat de la fraude et de la violence ; que, s'il en était autrement, il ne serait pas d'acte privé d'une valeur supérieure à 150 fr. qui ne pût être attaqué et détruit par la preuve testimoniale, contrairement aux prescriptions du droit civil ; qu'il faut donc que la remise du blanc seing, dont la valeur est d'ailleurs indéterminée, soit prouvée, conformément à ces dispositions, pour que les tribunaux correctionnels puissent vérifier l'abus qui en a été fait[1]. »

2266. Il nous paraît que cet arrêt a fait une fausse application d'un principe incontestable en lui-même. Il est certain que, suivant la maxime formulée par M. Merlin, il ne peut y avoir lieu à l'action criminelle que dans le cas où l'action civile permet la preuve testimoniale; en d'autres termes, que partout où la preuve testimoniale est interdite, l'action criminelle ne doit pas être reçue pour réparation d'un délit[2]. Cette maxime a reçu son application dans le cas où il n'a point été fait de reconnaissance écrite d'un dépôt que le dépositaire a détourné à son profit. On invoquait, ainsi que nous le verrons dans la troisième section de ce chapitre, l'art. 408 du Code pénal, qui

[1] Cass., 5 mai 1831, Bull. n. 106; Devill. et Car., 31.1.188.
[2] Quest. de dr., v° Suppression de titres.

prévoit et punit ce délit, pour saisir la juridiction correctionnelle; mais l'incompétence de cette juridiction fut reconnue par la jurisprudence. En effet, le dépôt est une convention dont l'existence constitue une question préjudicielle, et cette question rentre exclusivement dans la compétence de la juridiction civile, car le dépôt et la violation du dépôt sont deux actes divisibles et réellement séparés. Le délit n'est pas dans le dépôt, il est dans un acte postérieur, dans la destruction ou la suppression de la chose confiée au dépositaire. Aussi, de ce que les juges sont compétents pour statuer sur ce délit, il ne s'ensuit pas qu'ils le soient pour statuer sur le fait du dépôt[1].

Ce principe s'applique-t-il au cas d'abus de blanc seing ? La question prend ici une physionomie toute différente. La remise d'un blanc seing n'est point une convention ; c'est un fait qui n'entraîne même aucune obligation. Dans l'administration, dans le commerce, des actes nombreux sont signés à l'avance en blanc, des signatures sont livrées à des commis. Assurément il n'y a point là de contrat. Aussi la loi civile n'a point exigé, comme au cas de dépôt, la preuve écrite de cette remise; elle admet donc la preuve testimoniale. Et comment la repousser ? Un blanc seing n'a par lui-même aucune valeur; on ne saurait dire qu'il excède ou n'atteint pas la somme de 150 fr. Prendrait-on cette valeur dans la convention qui y a été frauduleusement inscrite ? Mais il dépendra donc de l'auteur du délit de se soustraire à toute action répressive, en supposant l'obligation supérieure à 150 fr. Il ne faut pas confondre le fait de la remise et celui de l'abus. La remise du blanc seing n'est qu'un fait matériel qui précède le délit, mais qui en est indépendant. L'abus postérieur commis sur cette feuille signée ne change rien à la nature de ce fait; il conserve son caractère propre; il reste distinct de la convention qu'a supposée l'abus. La prohibition de la preuve testimoniale, qui ne protége que les conventions, ne doit pas s'appliquer la remise des blancs seings. Il faut remarquer d'ailleurs que l'art. 407 se trouverait de fait anéanti par la jurisprudence de la Cour de cassation :

[1] Toullier, t. 9, p. 248; Merlin, Rép., v° Dépôt, § 1er, n. 6; Legraverend, Disc. prélim., t. 1er, p. 342.

car, à la différence du dépôt, on parviendra difficilement à prouver la remise d'un blanc seing par écrit. Y a-t-il lieu, au surplus, de craindre que les actes sous seing privé soient menacés par ces poursuites, en ce qu'on pourrait les attaquer par la voie criminelle comme abus de blanc seing? Ces craintes seraient exagérées : ne faudra-t-il pas toujours établir devant la juridiction correctionnelle le fait de la remise du blanc seing? La fraude se présume-t-elle donc, et ne doit-elle pas être prouvée? En résumé, la Cour de cassation nous a paru confondre deux choses distinctes : la remise du blanc seing et l'abus de cette signature. En présence d'une convention abusive et frauduleuse, elle a pensé qu'il s'agissait d'établir son existence légale; il ne s'agit que de prouver la remise antérieure du blanc seing, et les règles du droit civil ne font aucun obstacle à ce que ce fait purement matériel et indépendant de toute convention soit établi par témoins.

2267. La jurisprudence a persisté à voir dans le fait de la remise du blanc seing un mandat qui ne peut être prouvé que par les preuves admises par la loi civile; cependant, quelque absolue que soit cette règle, elle ne s'applique qu'avec certaines restrictions : 1° si l'existence du blanc seing n'est pas niée par le prévenu, et que la preuve testimoniale n'ait porté que sur l'abus, il n'y a aucune violation de la loi civile, puisque cette preuve ne s'est plus appliquée à la convention, mais au délit [1]; 2° s'il y a eu commencement de preuve écrite de la remise, ou un aveu non divisible, ou si l'exception prise du défaut de preuve écrite n'a pas été proposée devant les juges du fait, le prévenu n'est plus admis à la faire valoir [2]; 3° si le blanc seing a pour objet un acte de commerce [3], ou s'il a été obtenu à l'aide du dol et de la fraude [4].

[1] Cass., 11 oct. 1860, Bull. n. 225.
[2] Cass., 15 déc. 1849, Bull. n. 345.
[3] Cass., 22 avril 1864, Bull. n. 115.
[4] Cass., 14 nov. 1862, Bull. n. 247.

§ III. — *Du détournement d'objets confiés à titre de louage, de dépôt ou de mandat.*

2268. Les diverses fraudes que le Code pénal a qualifiées *d'abus de confiance*, et qui font l'objet de l'art. 408, n'avaient cette qualification ni dans le droit romain ni dans l'ancien droit. Quelques-unes, considérées simplement comme des faits de dol civil, n'étaient l'objet d'aucune peine; les autres se trouvaient comprises dans la qualification générale de vol, quoiqu'elles ne présentassent pas les caractères spéciaux de ce délit. C'est ainsi que la loi romaine rangeait dans cette classe le commissionnaire qui avait employé à son usage personnel les deniers qui lui avaient été confiés pour les remettre à un tiers : *Si tibi centum dedero ut ea Titio dares, tuque non dederis, sed consumpseris, et mandati et furti teneri te Proculus ait*[1]. C'est ainsi que la même législation a considéré comme coupables de vol, le créancier qui détournait la chose qui lui avait été remise en gage, le dépositaire qui se servait de l'objet mis en dépôt entre ses mains, l'emprunteur qui dissipait les effets qui lui avaient été confiés à titre de prêt : *Sive creditor pignore, sive is apud quem res deposita est, eâ re utatur, sive is qui rem utendam accepit, in alium usum eam transferet quàm cujus gratiâ ei data est, furtum committit : veluti, si quis argentum utendum acceperit, quasi amicos ad cœnam invitaturus, et id peregrè secum tulerit*[2]. L'ancienne jurisprudence, tout en maintenant ces décisions des Institutes, reconnaissait cependant que ces diverses fraudes constituaient une espèce particulière du vol[3].

2269. Il est facile, en effet, d'apercevoir les graves différences qui séparent ces fraudes du délit de vol. Elles s'en éloignent par la nature des faits qui les constituent, par les dangers moins directs dont elles menacent la propriété, par la

[1] L. 22, § 7, Dig. mandati; l. 52, § 12, Dig. de furtis; l. 7, C. de furtis et servo corrupto.

[2] Inst. l. 4, tit. 1, de oblig. quæ ex dolo nascuntur, § 6.

[3] Jousse, t. 4, p. 179

criminalité moins intense des agents. Ce qui caractérise le vol, c'est la soustraction : la chose est enlevée par ruse ou par violence des mains de son possesseur; l'agent s'en empare malgré celui-ci ou à son insu. L'abus de confiance suppose, au contraire, que la chose se trouve légitimement entre les mains de l'agent; il la détient avec l'assentiment du propriétaire; il n'emploie ni la ruse ni la violence pour s'en emparer. De là cette double conséquence, que cette fraude ne présente pas autant de péril que le vol, puisque le propriétaire peut facilement s'en préserver, et que la loi ne lui doit pas une protection aussi efficace, puisqu'il doit s'imputer l'imprudence qui lui a fait choisir un préposé infidèle, *quoniam sibi imputare debet qui præposuit*. La nuance profonde qui sépare les deux actions est d'ailleurs évidente : on ne peut imputer à l'auteur de l'abus de confiance, ni la préméditation du délit, puisqu'il ne l'a point préparé, ni l'audace de l'exécution, puisqu'il n'a fait que s'approprier des effets confiés entre ses mains. Son action révèle plus d'entraînement et de faiblesse que de véritable immoralité; il n'a fait que céder à l'occasion qui lui était offerte. Sa faute n'ébranle point l'ordre public; elle n'est point de celles que la police peut surveiller et prévenir; elle ne se manifeste par aucun fait extérieur; elle n'apporte de troubles que dans les relations privées, et c'est par ce motif que la plupart des faits aujourd'hui qualifiés délits par l'art. 408 sont demeurés longtemps dans la classe des dols civils qui ne donnent lieu qu'à des actions en dommages-intérêts.

2270. Les dispositions répressives des abus de confiance ont été souvent modifiées : le législateur les a successivement étendues à des faits que d'abord il n'avait pas cru devoir incriminer. L'art. 29 de la 2e section du titre 2 du Code de 1791 portait : « Quiconque sera convaincu d'avoir détourné à son profit ou dissipé des effets, marchandises, deniers, titres de propriété ou autres, emportant obligation ou décharge, et toutes autres propriétés mobilières qui lui avaient été confiées gratuitement, à la charge de les rendre ou de les représenter, sera puni de la peine de la dégradation civique. » Cet article se bornait donc à prévoir la seule violation du dépôt. L'art. 12 de la loi du 25 brumaire an VIII conserva cette disposition, mais en substi-

tuant la peine de l'emprisonnement à celle de la dégradation civique. L'art. 408 du Code pénal la maintint également, mais avec une addition qui fit rentrer dans ces termes le détournement des objets remis *pour un travail salarié, à la charge d'en faire un usage ou un emploi déterminé.* La loi du 28 avril 1832 a fait subir à cet art. 408 diverses modifications : elle a étendu ses dispositions à trois cas nouveaux, ceux où les effets détournés auraient été remis *à titre de louage, de mandat, ou pour un travail* non salarié ; elle a prononcé ensuite une aggravation de la peine, lorsque le coupable est domestique, homme de service à gages, élève, clerc, commis, ouvrier, compagnon ou apprenti : cette circonstance confère au fait du détournement le caractère de crime, et la peine est la reclusion.

Enfin la loi du 13 mai 1863 a ajouté deux nouvelles modifications ; la première a consisté à insérer parmi les contrats dont cet article punit la violation, le *nantissement* et le *prêt à usage ;* la deuxième a eu pour objet d'étendre l'aggravation pénale aux abus de confiance commis par un *officier public ou ministériel.*

« Art. 408. Quiconque aura détourné ou dissipé, au préjudice des propriétaires, possesseurs ou détenteurs, des effets, deniers, marchandises, billets, quittances ou tous autres écrits contenant ou opérant obligation ou décharge, qui ne lui auraient été remis qu'à titre de louage, de dépôt, de mandat, de nantissement, de prêt à usage, ou pour un travail salarié ou non salarié, à la charge de les rendre ou représenter, ou d'en faire un usage ou un emploi déterminé, sera puni des peines portées en l'art. 406. — Si l'abus de confiance prévu et puni par le précédent paragraphe a été commis par un officier public ou ministériel ou par un domestique, un homme de service à gages, élève, clerc, commis, ouvrier, compagnon ou apprenti, au préjudice de son maître, la peine sera celle de la reclusion : le tout sans préjudice de ce qui est dit aux art. 254, 255 et 256, relativement aux soustractions et enlèvements de deniers, effets ou pièces, commis dans les dépôts publics. »

Cet article, en définissant l'abus de confiance, pose avec clarté les caractères constitutifs du délit ; il exige : 1° que le prévenu ait dissipé ou détourné les objets confiés ; 2° que ce détournement ait été commis au préjudice des propriétaires, possesseurs ou détenteurs ; 3° que les objets confiés soient des effets, deniers, marchandises, billets, quittances ou tous autres écrits conte-

nant ou opérant obligation ou décharge ; 4° enfin que ces objets aient été remis à titre de louage, de dépôt, de mandat, de nantissement, de prêt d'usage, ou pour un travail salarié, à la charge de les rendre ou représenter, ou d'en faire un usage ou un emploi déterminé. Ces quatre règles, qui ne sont que l'analyse textuelle de l'article, forment les eléments essentiels du délit, qui ne peut exister que lorsqu'elles s'appliquent à la fois au même fait.

2271. Le premier élément du délit est le *détournement* ou la *dissipation* des effets. Ces mots *détourner* et *dissiper*, reproduits du Code de 1791 par le Code pénal, n'expliquent pas quels sont les faits qui peuvent constituer le détournement ou la dissipation. « Cet article, a dit M. Carnot, s'est servi de ces mots *détourner* ou *dissiper*, pour faire voir que, de quelque manière que le dépositaire s'y soit pris pour s'approprier la chose déposée, il y a délit : *dissiper* est une expression générique qui embrasse tous les cas qui peuvent se présenter [1]. » C'est, en effet, dans le fait de s'approprier la chose confiée que réside le détournement, soit que l'agent la conserve pour lui-même, soit qu'il en fasse un emploi quelconque : c'est en se substituant aux droits du bailleur, du déposant ou du mandant, c'est en faisant acte de propriétaire, c'est en disposant à son profit des choses qui ne lui ont été remises que pour en faire un emploi déterminé, que cet agent détourne ou dissipe ces choses. On trouve une application de cette première règle dans un arrêt qui rejette un pourvoi fondé sur ce qu'il n'y aurait pas eu, dans l'espèce, *détournement* ou *dissipation* des deniers, « attendu que l'arrêt attaqué a déclaré que le prévenu n'a pas fait emploi, de la manière prescrite par les statuts, des sommes qu'il a reçues dans sa gestion des affaires de la Tontine, mais même qui les a détournées à son profit au préjudice des souscripteurs ; que dès lors le fait reconnu à sa charge ne rentrait pas dans le cas prévu par l'art. 1996 du Code civil, lequel ne s'applique qu'au fait d'une simple détention de deniers plus ou moins prolongée et sans fraude, mais constituait le délit prévu par l'art. 408, et qui consiste dans le fait toujours pu-

[1] Comm. du Code pénal, t. 2, p. 239.

nissable de détournement ou de dissipation, au préjudice du mandant, des sommes touchées pour lui [1]. »

Toutefois il n'est pas indispensable que le jugement constate que le prévenu a personnellement profité des valeurs qu'il a détournées, car la loi n'exige pas formellement cette énonciation. Dans deux espèces où le pourvoi était fondé sur ce que l'arrêt attaqué n'énonçait pas que le détournement avait été opéré au profit du prévenu, le pourvoi a été rejeté : « Attendu que l'art. 408 n'exige pas, pour constituer l'abus de confiance, que l'inculpé ait eu l'intention de s'approprier l'objet à lui confié ou qu'il en ait tiré un profit personnel, et qu'il suffit que le détournement ait eu lieu au préjudice du propriétaire, possesseur ou détenteur de l'objet détourné [2]. »

2272. Mais si ces termes sont vagues, il est évident, et c'est la limite nécessaire de leur application, qu'ils ne peuvent s'étendre qu'à des faits *frauduleux*; car, en règle générale, il n'y a point de délit quand le fait matériel n'est pas accompagné de fraude et d'intention de nuire. Et cette règle s'applique nécessairement à l'abus de confiance; car comment concevoir cet abus sans une pensée de fraude? comment l'agent aurait-il trompé son commettant et abusé de sa confiance, s'il a agi de bonne foi, et s'il n'a fait que se tromper lui-même? Ce qu'il faut soigneusement distinguer en cette matière, c'est l'inexécution du contrat et la fraude : l'inexécution du contrat donne lieu à une action civile; la fraude seule peut motiver l'action criminelle. Il ne suffit donc pas du fait matériel du détournement des effets confiés, pour que la juridiction correctionnelle puisse être saisie : il est nécessaire d'établir que l'agent a commis ce détournement, non pas seulement par imprudence ou négligence, mais en fraude des droits du commettant et avec le dessein de lui nuire : c'est cette volonté coupable qui constitue toute la criminalité de l'abus.

La Cour de cassation a plusieurs fois reconnu cette règle. Un individu s'était chargé de faire parvenir ou de transporter une somme d'argent au receveur d'une ville voisine. Au lieu de

[1] Cass., 13 juin 1845, Bull. n. 107.

[2] Cass., 12 avril 1866, Bull. n. 103; 10 mai 1867, Bull. n. 113.

la porter lui-même, il chargea un de ses débiteurs de compter cette somme au receveur ; mais ce débiteur ne remplit pas ce mandat et fit faillite. Une poursuite fut exercée ; mais la Cour de cassation en annula les actes : « attendu qu'il s'agit d'un simple mandat sans l'intervention d'aucune des circonstances de dol et de fraude qui caractérisent un délit ; que, par conséquent, cette affaire ne peut être de la compétence des tribunaux correctionnels [1]. » Un autre arrêt décide également : « que le retard mis par un mandataire à remettre à son commettant les sommes reçues pour ce dernier ne constitue pas nécessairement le délit de détournement et de dissipation ; qu'ainsi, en déclarant qu'il ne résultait pas des faits tenus pour constants par les premiers juges que le prévenu aurait eu l'intention de s'approprier, en définitive, les sommes par lui reçues ; en déclarant que si par des mensonges, des défaites, d'injustes prétentions, il avait seulement cherché à retarder sa libération, il n'en résultait pas qu'il eût détourné ou dissipé lesdites sommes, le jugement attaqué n'a, par une telle appréciation des faits, violé aucune loi [2]. » Un troisième arrêt, posant en règle générale la même décision, déclare : que l'abus de confiance, comme le vol, se compose de deux éléments, du fait et de l'intention frauduleuse de s'approprier la chose d'autrui, et qu'il appartient aux juges correctionnels d'apprécier la prévention sous ce double rapport [2]. »

Enfin un arrêt déclare encore : « que les détournements commis en violation d'un mandat préexistant ne constituant pas le délit d'abus de confiance, uniquement par le fait d'une rétention plus ou moins prolongée des fonds ou valeurs remis au mandataire, à la charge d'en faire un emploi déterminé ; qu'il faut, en outre, que cette rétention ait pour mobile une invention frauduleuse et pour but de priver définitivement le mandant de tout ou partie des fonds ou valeurs détournés [4]. »

2273. Mais à quels signes reconnaître la fraude ? Doit-elle

[1] Cass., 7 therm. an VIII, J.P.1.690 ; Devill. et Car., 1.348.

[2] Cass., 21 janv. 1843, Bull. n. 10.

[3] Cass., 30 août 1849, Bull. n. 229.

[4] Cass., 29 déc. 1866, Bull. n. 278.

être présumée par le seul fait du détournement? Résulte-t-elle nécessairement de l'impossibilité où s'est placé l'agent de restituer les effets qui lui ont été confiés?

M. Merlin, dans un réquisitoire qui a précédé l'arrêt du 18 novembre 1813, s'est exprimé en ces termes : « Il n'est ni impossible, ni même difficile de fixer l'époque où naît l'action criminelle contre le mandataire qui s'approprie les deniers de son commettant. Cette action naît à l'instant même où les deniers du commettant sont employés par le mandataire à son usage personnel. On sait bien que la pratique n'est pas, à cet égard, tout à fait d'accord avec la théorie. On sait bien que, dans la pratique, le mandataire qui s'est approprié les deniers de son commettant n'est poursuivi par action criminelle que lorsque, son insolvabilité venant à éclater, il se trouve dans l'impossibilité de rendre l'équivalent de ce qu'il a pris, et qu'on en use aussi de même à l'égard des receveurs des deniers publics. Mais il n'en est pas moins constant en théorie que le délit a été commis au moment même où le mandataire, portant la main sur la caisse, a usé, comme de son bien personnel, de choses qui ne lui appartenaient pas, et que si, ce qu'on ne fait jamais, on agissait avec lui avec toute la rigueur de la loi, on le punirait même après qu'il aurait rendu l'équivalent de ce qu'il a pris, comme on punirait un voleur, même après qu'il a restitué l'objet qu'il avait soustrait frauduleusement. Pourquoi, du reste, la pratique diffère-t-elle à cet égard de la théorie? Parce que le mandataire qui reçoit les deniers de son commettant n'est pas obligé de constater, et ne constate pas, en effet, les espèces dans lesquelles il les reçoit; que, lorsqu'il en représente l'équivalent, il est censé les avoir conservés en nature, tels qui les a touchés, et que, par la raison contraire, lorsqu'il ne peut pas en représenter l'équivalent, il est censé ne les avoir détournés à son profit qu'à l'instant même où son délit est reconnu[1]. »

Cette doctrine nous paraît inexacte. En premier lieu, il est difficile de concevoir la distinction faite par ce magistrat entre la théorie et la pratique, en ce qui concerne la répression de ce délit. La théorie d'une loi se compose de l'ensemble des

[1] Rép., v° Vol, sect. 2, § 3.

principes de cette loi ; or, la loi a-t-elle posé comme une règle que le seul usage des effets confiés à l'agent constituerait ce délit ? Nullement ; elle n'a incriminé que le détournement et la dissipation de ces effets, et ces expressions seules indiqueraient que, dans son esprit, le délit n'est consommé que par la perte de ces effets. La théorie invoquée par M. Merlin n'est donc qu'une abstraction prise en dehors de la loi, et qui ne peut exercer aucune influence sur son interprétation.

2274. Ainsi on ne peut dire avec ce jurisconsulte que le délit est consommé au moment où celui auquel des deniers ont été confiés les emploie à son usage personnel. Sans doute le mandataire méconnaît ses engagements, il est infidèle à son mandat, lorsqu'il se sert de ces sommes qui lui ont été remises ; mais cette inexécution du contrat peut ne donner lieu qu'à des dommages-intérêts que le Code civil a pris soin de stipuler d'avance, en disposant, par son art. 1996, que le mandataire doit l'intérêt des sommes qu'il a employées à son usage, à dater de cet emploi. C'est la fraude seule qui constitue le détournement : le mandataire ne détourne pas une somme, par cela seul qu'il l'emploie à son usage personnel, s'il a l'intention et les moyens de la rembourser, soit à une époque fixée pour en faire l'envoi, soit à la première demande du mandant. Le détournement n'existe que lorsque le mandataire, en faisant emploi des deniers, agit pour en frustrer le propriétaire, lorsqu'il a l'intention de se les approprier à son préjudice ; c'est cette appropriation frauduleuse qui constitue le délit. La seule difficulté est de poser une limite entre l'emploi momentané et le détournement frauduleux.

Le mandataire qui emploie à son usage personnel les deniers qui lui ont été confiés a l'intention de les restituer, ou celle de se les approprier au préjudice de son commettant. Dans la première hypothèse, il commet une faute dans l'exécution du contrat, mais non un délit ; il doit l'intérêt des sommes dont il s'est servi, mais il n'est passible d'aucune peine. Dès qu'aucune pensée frauduleuse ne peut lui être imputée, il n'est qu'un débiteur retardataire, et il n'est tenu que de réparer le dommage qu'il a causé. La solution devient plus douteuse si, après avoir fait emploi des sommes confiées, le mandataire est de-

venu insolvable, car il est plus difficile d'admettre qu'il ait été de bonne foi. En règle générale, on peut dire que le mandataire devait connaître sa position, et savoir qu'en employant à son usage les deniers qui lui avaient été remis, il les exposait, et qu'il consommait dès lors un véritable détournement ; son insolvabilité élève donc une grave présomption de fraude et donne ouverture à l'action criminelle. Mais, dans ce cas même, s'il établissait qu'au moment de l'emploi il était de bonne foi et que son insolvabilité est le résultat d'événements imprévus et postérieurs au détournement, la poursuite n'aurait plus de base, le délit s'effacerait avec la fraude.

2275. Dans la deuxième hypothèse, celle où l'intention du mandataire a été de s'approprier les deniers au moment même où il les employait à son usage, on peut dire avec M. Merlin que le délit a existé dès ce moment, par le concours du fait matériel du détournement et de la fraude. Mais comme cette fraude ne peut se constater par elle-même, comme elle ne peut résulter que du défaut de restitution, et qu'il importe, dans une matière aussi délicate et qui touche si intimement à l'exécution des conventions, que l'action répressive ne marche qu'en s'appuyant sur des faits précis, il est vrai de dire que le délit n'existe qu'alors que la restitution est déniée ou qu'elle est devenue impossible. Il est donc inexact de comparer le mandataire qui restitue les sommes qu'il a employées à son usage, au voleur qui restituerait l'objet qu'il aurait soustrait frauduleusement : dans le vol, cette soustraction consomme le délit, et la restitution ultérieure ne saurait le faire disparaître ; dans l'abus de confiance, le délit n'existe point encore, tant que le mandataire n'a pas dénié sa dette, tant qu'il n'a pas été mis en demeure de l'acquitter ; ces deux espèces, rapprochées par M. Merlin, n'avaient aucun rapport. Ce n'est qu'au cas où le délit est consommé, que la restitution peut devenir inutile parce qu'elle est tardive [1]. La règle générale en cette matière est qu'il n'y a délit susceptible d'une poursuite correctionnelle, qu'après que celui à qui des deniers ou effets ont été confiés a été mis en demeure de les restituer. Il ne s'agit point, il est

[1] Cass., 14 oct. 1854, Bull. n. 303.

inutile de le dire, d'une mise en demeure par acte d'huissier, mais de réclamations constatées et demeurées vaines[1].

2276. Cette doctrine a été confirmée par la jurisprudence, et nous avons déjà cité plusieurs arrêts qui la consacrent ; nous en rapporterons encore quelques-uns. Des prévenus de contrebande, en état de détention, avaient chargé une personne, moyennant un salaire, de verser dans la caisse de l'administration des contributions indirectes une somme qui était le montant d'une transaction avec cette administration. Le mandataire employa cette somme à son usage personnel, et ce ne fut qu'après plusieurs jours, pendant lesquels les prévenus gardèrent la prison, qu'il en effectua le versement. La Cour de Metz avait vu dans ce détournement momentané le délit prévu par l'art. 408 ; mais cette décision a été annulée par la Cour de cassation, « attendu que, par les expressions *détourné ou dissipé au préjudice du propriétaire*, l'art. 408 indique suffisamment qu'il ne fait pas consister le délit d'abus de confiance dans le simple retard qu'un mandataire salarié apporterait dans l'exécution de son mandat, mais dans le fait de ce mandataire qui, par son infidélité, se serait mis dans l'impuissance de remplir son mandat[2]. » La même Cour a de nouveau déclaré, dans une autre espèce, « qu'on ne saurait confondre le dol civil qui doit être apporté dans l'exécution d'un mandat, avec la fraude au moyen de laquelle le mandataire s'est mis dans l'impuissance de le remplir[3]. »

2277. En thèse générale, c'est le juge du fait qui seul peut constater l'existence de la fraude : il est compétent pour apprécier la défense du prévenu, fondée sur ce que les faits excluent le détournement[4], et son appréciation est souveraine. Ainsi, le rejet d'un pourvoi a été prononcé, « attendu que l'arrêt attaqué, en déclarant que, par suite d'une gène momentanée, le prévenu a employé à ses besoins personnels partie

[1] Cass., 3 janv. 1863, Bull. n. 3.
[2] Cass., 17 juill. 1829, Bull. n. 160.
[3] Cass., 11 mai 1838, Bull. n. 124 ; — et conf. Cass., 13 mars 1840, Bull. n. 80.
[4] Cass., 13 mars 1840, Bull. n. 81.

d'une somme qu'il avait été chargé de recouvrer pour le compte d'autrui et ne l'a restituée qu'après des réclamations réitérées et une instruction commencée, reconnaît et constate également qu'il était autorisé par ses mandants à conserver entre ses mains, jusqu'à parfait paiement, les à-compte par lui reçus ; qu'il n'a jamais dissimulé les versements qui lui ont été faits, et que, en demandant des délais, il a offert de payer des intérêts pour le retard apporté par lui à se libérer ; que ces faits n'impliquent pas nécessairement la pensée coupable de s'approprier ou de détourner les fonds qu'il avait reçus ; que l'arrêt déclare qu'il ne ressort pas des éléments du procès qu'il ait agi avec l'intention frauduleuse qui caractérise le délit d'abus de confiance ; que cette appréciation souveraine des juges du fait échappe à toute censure de la Cour de cassation[1]. »

Cependant, si les faits constatés emportent nécessairement l'idée de la fraude, la juridiction correctionnelle ne mettrait pas ses jugements à l'abri de la censure, en déclarant simplement que cette fraude n'existe pas, car alors ils seraient entachés de contradiction. Telle est, au moins, la voie où la jurisprudence est entrée, et il est utile de faire connaître les arrêts dans lesquels cette doctrine a été appliquée. Un premier arrêt porte : « que l'arrêt attaqué déclare en fait « que le prévenu, malgré les demandes réitérées des intéressés, a refusé obstinément et sous de futiles prétextes, de rendre compte des sommes qu'il avait touchées en vertu des mandats qu'il avait reçus, et dont, de son propre aveu, il était reliquataire et les aurait même employées momentanément à son profit ; qu'en agissant ainsi, il a commis des actes d'indélicatesse ; » que ces faits ainsi constatés présentent par eux-mêmes tous les caractères du délit d'abus de confiance ; qu'en effet la rétention illicite des deniers reçus, l'obstination à ne pas les rendre, malgré les demandes réitérées, l'emploi des deniers à son profit par le mandataire infidèle, sont les circonstances essentielles et constitutives de ce délit ; que l'arrêt ajoute vainement que le prévenu n'a point agi avec une intention frauduleuse ; que la fraude ressort nécessairement des faits tels qu'ils sont consta-

[1] Cass., 30 mai 1856, Bull. n. 195.

tés, surtout lorsqu'ils sont qualifiés d'actes d'indélicatesse ; que dès lors l'allégation sur l'absence de mauvaise foi, loin de faire disparaître le délit, ne tendrait qu'à infirmer l'arrêt par une contrariété de motifs ; qu'ainsi l'arrêt attaqué a violé l'article 408 [1]. » Un autre arrêt se borne à déclarer : « que s'il est de principe certain que le fait d'un détournement matériel ne suffit pas à lui seul pour constater le délit, il est aussi de principe que l'appréciation légale des faits tombe sous le contrôle de la Cour de cassation lorsque les faits établis, constituant nécessairement la fraude, il y a contradiction entre ces faits et la déclaration sur l'intention frauduleuse [2]. » Enfin, un arrêt a jugé « que le mot *détournement* renferme implicitement l'idée de la fraude [3]. » Néanmoins cette jurisprudence ne doit pas être acceptée sans quelque réserve : il ne suffit pas, pour que le délit existe, que l'intention frauduleuse paraisse ressortir nécessairement ou implicitement des faits ; il faut qu'elle soit nettement constatée, et il peut être dangereux de substituer une interprétation à une déclaration expresse et précise.

2278. Les jugements et arrêts qui prononcent des condamnations en cette matière omettent trop souvent d'énoncer et de constater explicitement le caractère frauduleux du détournement. Il en résulte que, lorsque les pourvois relèvent cette omission, la Cour de cassation est tenue d'apprécier elle-même si les faits constatés emportent en eux-mêmes la preuve d'une intention frauduleuse. C'est ainsi qu'un arrêt déclare « que s'il est de principe certain que le délit d'abus de confiance ne peut résulter que de la réunion du fait matériel de détournement et de l'intention frauduleuse, l'art. 408 n'exige pas que la fraude soit constatée en termes formels, qu'il suffit qu'elle ressorte des faits relevés et qualifiés [4]. » C'est donc par voie d'interprétation que cette fraude est alors établie, et cette constatation implicite est quelquefois très-délicate. On pourrait en citer quelques exemples. Ainsi, dans une espèce où un agent d'as-

[1] Cass., 14 oct. 1854, Bull. n. 303.
[2] Cass., 31 janv. 1857, Bull. n. 39.
[3] Cass., 13 juin 1845, Bull. n. 197 ; 15 avril 1859, Bull. n. 95.
[4] Cass., 4 mai 1873, Bull. n. 106.

surances n'avait pas transmis à sa compagnie toutes les polices qu'il avait reçues, l'arrêt fait résulter le détournement frauduleux « de ce que cet agent se serait abstenu de transmettre à la compagnie un certain nombre de polices qu'il avait reçues comme mandataire salarié, et de ce qu'il aurait volontairement omis de porter ces polices sur les bordereaux; et de ce que sa position gênée et ses besoins d'argent ne permettent pas de douter que ces détournements ne soient frauduleux [1]. » Dans une autre espèce : « que la preuve de l'intention frauduleuse ressort nécessairement des circonstances multipliées, minutieusement retenues à la charge du prévenu par l'arrêt attaqué et notamment de cette circonstance qu'un compte allégué pour motiver son retard à se libérer ne pouvait inspirer aucune confiance ni justifier à aucun degré sa bonne foi [2]. »

2279. Nous arrivons à la deuxième condition prescrite par l'art. 408 pour qu'il y ait délit : c'est que le détournement frauduleux ait été commis au *préjudice des propriétaires, possesseurs ou détenteurs*. Il résulte, en premier lieu, de cette règle, qu'il n'y a point de délit lorsqu'il n'y a point de préjudice causé, et que par conséquent la restitution, même après un usage momentané, l'empêche d'exister : nous venons de développer cette proposition. Il en résulte, en second lieu, que ce préjudice n'est lui-même un élément du délit qu'autant qu'il porte sur les propriétaires, possesseurs ou détenteurs des effets détournés. La Cour de cassation a consacré cette dernière règle, dans une espèce où un propriétaire avait vendu une certaine quantité de blé à un boulanger qui s'était obligé à payer au vendeur le prix convenu, au fur et à mesure que le blé serait converti en farine et la farine en pain. Au lieu d'exécuter fidèlement cette convention, le boulanger avait cédé le blé à un tiers; poursuivi pour abus de confiance, il fut condamné, par arrêt de la Cour de Bastia, à deux mois d'emprisonnement, par application de l'art. 408. Cet arrêt a été cassé par les motifs : « que l'inexécution par le prévenu de la convention ne pouvait

[1] Cass., 18 déc. 1863, Bull. n. 300.

[2] Cass., 4 mai 1872, Bull. n. 106; et conf. 20 déc. 1867, n. 263; 8 nov. 1866, n. 227; 11 nov. 1869, n. 229.

produire contre lui qu'une action civile; qu'en effet le blé ne lui avait pas été remis à titre de dépôt, ni pour un travail salarié; que s'il avait été convenu qu'il en ferait un usage ou un emploi déterminé, ce n'était pas comme mandataire, mais comme propriétaire, en vertu de la vente qui lui en avait été consentie; que le plaignant, par la délivrance qu'il avait faite de ce blé, moyennant le prix réglé entre lui et le prévenu, avait cessé d'être propriétaire, possesseur ou détenteur; que cependant, d'après les expressions de l'art. 408, cet article n'est applicable au détournement des marchandises que dans le cas où ce détournement a été fait au préjudice du propriétaire, du possesseur ou du détenteur de ces marchandises[1]. »

2280. Il suit de là que le détournement de valeurs transmises en compte courant et négociées par le banquier qui les a reçues ne peut entrer dans les termes de l'art. 408 : « attendu que, pour justifier l'application de cet article, il ne suffit pas que les effets, deniers, marchandises, billets, aient été remis à la charge de les rendre ou d'en faire un emploi déterminé, qu'il faut encore que les valeurs remises aient été détournées ou dissipées au préjudice des propriétaires, possesseurs ou détenteurs; que l'arrêt attaqué a constaté en fait et souverainement : 1° que le plaignant était en compte courant avec la maison Bourdon et Dubuis; 2° que les valeurs par lui envoyées à Bourdon et Dubuis n'avaient été et pu être négociées qu'avec la signature et par conséquent l'engagement personnel de ces derniers; que, d'après les principes du droit commercial, la conséquence de ces faits avait été de dessaisir le plaignant de la propriété des traites dès l'instant de leur réception par la maison de banque; d'où il suit qu'en n'appliquant pas leur produit au paiement convenu, Bourdon et Dubuis ne pouvaient être considérés comme des mandataires qui ont détourné des effets au préjudice des propriétaires, mais comme des débiteurs qui n'ont point accompli leurs obligations[2]. » Mais il faut cependant ajouter qu'il ne suffirait pas, pour écarter le délit, que les billets aient été négociés ou souscrits sous le nom

[1] Cass., 29 sept. 1820, Devill. et Car., 6.315; J.P.1.16.163.
[2] Cass., 15 avril 1859, Bull. n. 96.

du prévenu, si l'abus porte sur ces valeurs elles-mêmes et s'il est reconnu qu'elles étaient la propriété d'un tiers : par exemple, le régisseur d'une entreprise industrielle négocie à son profit et dans son intérêt particulier des billets dont il ne devait disposer que pour les besoins de l'entreprise[1] ; un agent de remplacement militaire se fait souscrire des billets en supplément des prix stipulés et annoncés à son agence[2] : le préjudice est évident, bien que les billets soient au nom personnel de l'agent. Enfin il ne faut pas confondre le préjudice exigé par l'art. 408 avec le dommage que d'autres personnes peuvent éprouver par suite du détournement : par exemple, les créanciers du propriétaire de la chose détournée; ceux-ci peuvent porter plainte, mais à condition d'établir la propriété, c'est-à-dire le préjudice de leur ayant droit[3].

2281. La troisième règle posée par l'art. 408 est que le détournement doit avoir pour objet *des effets, deniers, marchandises, billets, quittances ou tous autres écrits contenant ou opérant obligation ou décharge*. L'abus de confiance peut donc s'appliquer soit à des objets mobiliers, soit à des actes.

Les mots *effets*, *deniers* et *marchandises* comprennent les meubles, l'argent et toutes les denrées qui peuvent faire l'objet d'un commerce. Ainsi la Cour de cassation a jugé : « que sous la dénomination de *marchandises* sont nécessairement comprises les denrées, telles que les blés que reçoit un meunier pour les moudre, les farines qui sont remises à un boulanger pour faire du pain, et généralement toutes autres matières pouvant être l'objet d'un travail quelconque[4]. » Et le délit est le même, lors même que les effets et marchandises confiés à la foi de l'agent auraient une origine illicite, car, vis-à-vis du mandant, son obligation demeure la même; et de ce que la propriété de ces effets est viciée, il ne s'ensuit pas qu'il puisse se les approprier. Ainsi, dans une espèce où les objets confiés étaient des cigares de contrebande, il a été décidé « que les

[1] Cass., 5 août 1842, Bull. n. 191.
[2] Cass., 27 sept. 1844, Bull. n. 331.
[3] Cass., 8 juin 1849, Bull. n. 131.
[4] Cass., 11 avril 1817, Devill. et Car., 5.307; J.P.14.179.

obligations du dépositaire vis-à-vis du déposant restant les mêmes, quelle que soit l'origine des objets déposés «, le délit ne changeait pas de nature à raison de cette circonstance [1].

En ce qui concerne les actes, on doit remarquer que l'article 408 ne dit pas, comme l'art. 407, *tout acte pouvant compromettre la personne ou la fortune ;* il énonce seulement les *billets, quittances ou tous autres écrits contenant ou opérant obligation ou décharge.* Il résulte de cette différence que l'abus de confiance ne peut s'appliquer qu'à des actes emportant un préjudice matériel, tels que les billets et les quittances. Ainsi celui qui, dépositaire d'une lettre ou d'un acte quelconque dont l'exhibition peut produire un préjudice moral, livrerait cet acte à des tiers, ne commettrait pas le délit prévu par l'article 408; cet article n'a prévu que les abus de confiance qui portent atteinte à la propriété. Les seuls écrits qui peuvent donner lieu à son application sont donc les écrits opérant obligation ou décharge. La Cour de cassation a jugé avec raison que le détournement d'une contre-lettre pouvait rentrer dans cette disposition [2]. Elle a jugé également qu'elle devait s'appliquer : — au détournement d'une lettre missive portant l'adresse du prévenu, mais destinée à un tiers et contenant des valeurs pour ce tiers [3]; — au détournement commis par un commissionnaire de marchandises qu'il est chargé de vendre [4]; — au détournement d'échantillons et dessins d'étoffes façonnées, par un commissionnaire en soieries à qui ils avaient été confiés par des fabricants [5].

2282. Mais faut-il faire cette application au berger qui, chargé par son maître de mener parquer un troupeau de moutons sur son champ, le mène parquer sur le champ voisin, lui faisant ainsi tort du piétinement, du parcage et de l'engrais opérés par ce troupeau? Cette question singulière a été résolue négativement par un arrêt qui déclare : « que les faits relevés

[1] Cass., 9 juill. 1857, Bull. n. 260.
[2] Cass., 20 fruct. an XII, J.P.4.189; 27 janv. 1837, Journ. du dr. crim., 1838, p. 55.
[3] Cass., 22 mai 1841, Bull. n. 151.
[4] Cass., 28 mai 1853, Bull. n. 193.
[5] Cass., 27 fév. 1846, Bull. n. 60.

par le jugement, quelque répréhensibles qu'ils soient, ne présentent point les caractères du délit; qu'en effet, il n'y a point eu de la part du berger détournement d'effets ou de marchandises; que le préjudice éventuel résultant de ce que les avantages du piétinement, du parcage et de l'engrais opérés par le troupeau avaient été reportés sur des champs qui n'appartenaient pas au propriétaire de ce troupeau, ne rentre pas dans les termes de l'art. 408; que ce fait n'est prévu par aucune loi pénale et ne constitue ni crime, ni délit, ni contravention [1].

2283. La Cour de cassation a déclaré, dans l'un des arrêts qui viennent d'être cités, « que le Code ne dit pas et ne pouvait pas dire qu'il fallait, pour qu'il y eût délit, que la totalité de l'objet confié fût détournée ou dissipée, le caractère du délit ne pouvant, pas plus dans l'abus de confiance que dans le vol, dépendre de la valeur de la chose dont le propriétaire se trouve privé par cet abus de confiance. » Cette règle est constante en elle-même; mais toutefois il faut remarquer que la rétention d'une partie quelconque de la chose confiée peut avoir un motif légitime, qu'elle peut avoir pour objet soit de couvrir des déboursés, soit d'indemniser des peines et des soins; que lors même que la portion retenue pour l'un de ces motifs serait exagérée, il y aurait lieu à débattre le montant de cette retenue, mais non à exercer une poursuite correctionnelle. Sous ce point de vue encore, l'abus de confiance diffère essentiellement du vol, et toute analogie entre ces deux délits ne tend qu'à égarer l'interprétation. Les reliquats de compte et les débats d'un compte rendu ne doivent, en général, donner lieu qu'à une action civile : il n'y a pas là, en effet, dénégation d'une somme confiée, mais contestation sur le montant d'une dette avancée; et la voie correctionnelle n'est point destinée à régler les intérêts privés des parties.

2284. L'art. 408 exige enfin, et c'est la quatrième règle de cette matière, que les effets aient été *remis à titre de louage, de dépôt, de mandat, de nantissement, de prêt à usage, ou pour un travail salarié ou non salarié, à la charge de les rendre ou représenter, ou d'en faire un usage ou un emploi déterminé.* Nous allons successivement examiner les caractères du détour-

[1] Cass., 19 mars 1857, Bull. n. 113.

nement résultant de la violation de ces différents contrats.

2285. La loi prévoit, en premier lieu, le détournement des objets remis *à titre de louage*. La loi romaine, qui considérait comme un vol l'usage abusif de la chose louée [1], étendait, à plus forte raison, cette qualification au détournement de cette chose [2]; cette décision fut maintenue par la pratique, ainsi que l'atteste Farinacius [3]. Jousse pose également en principe que le locataire ou le fermier qui ne restitue pas les choses louées peut être poursuivi par action de vol [4]. Cette incrimination ne fut reproduite ni par les articles de 1791, ni par le Code de 1810. Le législateur pensa sans doute que le bailleur possède presque toujours les moyens soit de contraindre le preneur à l'exécution du bail, soit d'obtenir des dommages-intérêts : son but avait été de ne faire porter l'action pénale que sur les fraudes à l'aide desquelles les contrats sont violés, et non sur les simples manques de foi de l'une des parties dans leur exécution. La loi modificative du Code pénal a fait sur ce point, ainsi que nous l'avons vu, une addition à l'art. 408. Il faut maintenant tenir pour constant que tout preneur qui aurait vendu frauduleusement une chose mobilière remise à titre de louage, est passible des peines de l'art. 408. Mais si le preneur s'était borné à prolonger la jouissance au delà de l'expiration de son bail, il n'y aurait ni fait passible des peines portées par l'art. 408, parce que la simple prolongation de jouissance ne peut être assimilée à un détournement, ni vol, ainsi que nous l'avons décidé à l'occasion du vol d'usage [5].

La même solution a été appliquée à un cas où le preneur avait détourné des pailles provenant de la ferme : « attendu qu'il est reconnu par l'arrêt attaqué que l'une des conditions essentielles du délit d'abus de confiance est la remise effectuée dans les mains du prévenu de l'objet ultérieurement détourné; mais qu'il a considéré comme ayant eu pour effet, dans l'espèce, de suppléer à l'accomplissement matériel de cette condition

[1] Inst. lib. 4, tit. 1, de oblig. quæ ex delicto nascuntur, § 6.
[2] L. 42, Dig. locati conducti ; l. 67, § 5, Dig. de furtis.
[3] Quæst. 168, num. 10.
[4] Tit. 4, p. 176.
[5] V. *suprà*, n. 1893.

une stipulation de bail, en vertu de laquelle le preneur était autorisé à faire consommer par ses bestiaux les pailles provenant des récoltes annuelles de la ferme; qu'en attribuant à cette clause, par lui qualifiée de remise anticipée, le caractère de la tradition exigée par l'art. 408, cet arrêt a substitué une fiction à une réalité, et incriminé à tort comme constituant un acte susceptible d'une répression pénale un fait d'inexécution du bail, qui était exclusivement régi par les principes de la loi civile[1]. »

2286. Le preneur de bestiaux à cheptel qui les vend à l'insu et sans la participation du bailleur, se rend-il coupable d'un abus de confiance? Plusieurs de nos anciennes coutumes avaient vu dans cet acte un délit de vol[2]. Jousse enseigne, comme une règle de la jurisprudence, que « celui chez qui on a mis des bestiaux à cheptel, à la charge de les nourrir et de donner le croît au propriétaire, et qui vend ou détourne en cachette ces bestiaux ou leur croît, peut être poursuivi par action de vol[3]. » Il est évident, d'abord, que ce fait ne peut constituer un vol, puisque le bail à cheptel a constitué l'agent possesseur légitime des bestiaux qui en sont l'objet, et que dès lors il ne commet aucune soustraction frauduleuse en les vendant sans le consentement du bailleur. Mais cette vente, qui, avant la modification apportée à l'art. 408, ne constituait aucun délit, ainsi que l'a reconnu la Cour de cassation[4], constituerait évidemment aujourd'hui un abus de confiance, puisque le bail à cheptel, soit simple, soit partiaire, est un véritable contrat de louage, et que l'art. 408 s'applique au détournement de tous les objets remis *à titre de louage*[5]. Cette décision ne s'étendrait pas toutefois au cheptel *à moitié :* cette espèce de cheptel est, aux termes de l'art. 1818 du Code civil, une société dans laquelle chacun des contractants fournit la moitié des bestiaux, qui demeurent communs pour le profit et pour les pertes. Cette convention constitue donc non plus un contrat de louage, mais

[1] Cass., 17 août 1843, Bull. n. 208.
[2] Art. 7, tit. 17 de la coutume de Berri.
[3] Traité de just. crim., t. 4, p. 176.
[4] Cass., 5 oct. 1820, Devill. et Car., 6.315; J.P.16.163.
[5] V. art. 1804, 1805, 1821, 1822 du Code civil.

un contrat de société : ce ne serait donc plus un simple abus de confiance, mais un vol, ainsi que nous l'avons déjà décidé [1].

2287. Le deuxième cas prévu par l'art. 408 est le détournement des effets confiés à titre de *dépôt*. La loi romaine punissait la violation du dépôt comme un vol [2]; mais elle distinguait ces deux délits : *Inficiando depositum nemo facit furtum; nec enim furtum est ipsa inficiatio, licet propè furtum est*[3]. La violation du dépôt n'est évidemment point un vol, puisque ce dépôt exclut nécessairement la soustraction frauduleuse; il importe même de ne pas confondre cette violation et le détournement frauduleux du dépôt. Le dépositaire viole le dépôt toutes les fois qu'il se sert de la chose déposée sans la permission du déposant; mais cet usage, l'ouverture de l'enveloppe qui récèle cette chose, quand elle est scellée, le prêt même de cette même chose, ne suffisent pas pour constituer le délit; il faut un détournement frauduleux : or ce détournement ne peut résulter que de la vente ou de la dissipation des objets déposés, ou du refus du dépositaire de les restituer, ou de la dénégation du dépôt.

La loi pénale n'a point donné au dépôt un autre sens que la loi civile : en ne le définissant pas, elle s'est reportée à sa définition légale. Le dépôt est donc, dans l'art. 408, l'acte par lequel on reçoit la chose d'autrui, à la charge de la garder et de la restituer en nature. La Cour de cassation a décidé, en conséquence, « que la vente d'une chose remise à l'agent, avec la condition d'en faire usage, ne constitue point une violation de dépôt, attendu qu'il ne peut y avoir dépôt, dans le sens légal de ce mot, que lorsque la garde et la conservation de la chose qui en est l'objet ont été le but principal et déterminant de sa tradition [4]. »

2288. Cette solution a été consacrée par plusieurs arrêts. Ainsi, dans une espèce où la peine du délit avait été appliquée, bien qu'il fût reconnu que les marchandises avaient été remises au prévenu à titre de dépôt, mais à la charge de les rendre ou *d'en restituer le prix*, il a été jugé : « que, suivant

[1] V. *suprà*, n. 1893. — [2] Inst. lib. 4, tit. 1, § . — [3] L. 67, Dig. de furtis.
[4] Cass., 28 janv. 1832, Journ. du dr. crim., 1832, p. 68.

l'art. 1915 Code civil, le dépôt est l'acte par lequel on reçoit la chose d'autrui, à la charge de la garder et de la restituer en nature ; que l'arrêt attaqué, en disant qu'il y avait eu remise de marchandises, à la charge de les rendre ou d'en restituer le prix, implique, par cette dernière alternative, une véritable vente à condition ; qu'une telle clause est exclusive du contrat de dépôt ; que l'un des éléments essentiels du délit manque ainsi complétement, et qu'il y a eu dès lors fausse application de l'art. 408[1]. »

Dans une autre espèce, des montres en or avaient été remises à une personne pour les lui faire voir, et cette personne avait refusé de les rendre. La Cour de Besançon avait vu dans cette rétention une violation de dépôt. Son arrêt a été cassé par un arrêt rendu à notre rapport et qui déclare : « qu'il ne suffit pas, pour l'application de l'art. 408, que les objets détournés aient été remis, à la charge de les rendre ; qu'il faut encore que cette remise ait été faite en exécution de l'un des contrats qui y sont spécifiés ; qu'ainsi lorsqu'il est allégué qu'ils ont été remis à titre de dépôt, il est nécessaire, suivant les termes de l'art. 1915 du Code civil, que la garde et la conservation de ces objets aient été le but principal et déterminant de la tradition ; que la remise d'un objet pour le faire voir et à la condition expresse ou tacite d'une restitution immédiate, ne présente pas les caractères constitutifs du contrat de dépôt, puisque, d'une part, le propriétaire ou détenteur n'a pas l'intention d'en confier la garde à celui à qui il le remet momentanément et que, d'un autre côté, celui-ci contracte, par là même, l'obligation de le restituer immédiatement ; qu'il suit de là qu'en qualifiant le fait ainsi établi de violation de dépôt, et en déclarant la prévenue coupable d'avoir frauduleusement détourné les montres qui ne lui avaient été remises qu'à titre de dépôt, l'arrêt attaqué a fait une fausse application de l'article 408 .[2] »

2289. Il suit de là que le détournement d'une chose confiée *à titre de prêt* ne rentrait point dans les termes de la loi avant la loi du 13 mai 1863 ; car le prêt est un autre contrat que le

[1] Cass., 12 juin 1860, Bull. n. 142.

[2] Cass., 21 avril 1866, Bull. n. 116 ; et conf. 10 déc. 1869, Bull. n. 258.

dépôt, et la loi ne l'avait point prévu dans ses termes. La Cour de cassation a déclaré, en conséquence, par plusieurs arrêts, que la vente ou le détournement d'une chose prêtée n'était passible que d'une action civile en dommages-intérêts [1]. Toutefois cette Cour semble s'être écartée de cette jurisprudence dans l'espèce suivante. Elle a jugé : « que s'il est incontestable, en principe, que la loi pénale n'est pas susceptible d'extension, il n'est pas moins vrai aussi qu'elle doit être appliquée d'après son esprit et suivant la portée des termes dans lesquels elle est conçue ; que la généralité des expressions employées dans l'art. 408 a eu pour but d'atteindre et de réprimer tout détournement frauduleux d'un objet confié à titre de louage, de dépôt, de mandat, à la charge de le rendre ou représenter, ou d'en faire un usage ou emploi déterminé ; que, dans l'espèce, il résulte des faits relevés par l'arrêt attaqué, que le plaignant n'avait consenti à *confier* ou à prêter son cheval à la prévenue, sa domestique, que pour un usage personnel à cette dernière, et à *la charge par elle de le lui rendre* ; que c'est dans ce but et à cette condition que le cheval a été confié à cette fille ; qu'il résulte de ces faits que la convention intervenue dans de telles circonstances participe essentiellement du contrat *de dépôt* dont elle offre le caractère principal indiqué dans l'art. 1915 du Code civil, l'obligation de garder et restituer en nature ; que si la garde du cheval n'a pas été son but principal, ce n'est pas un motif suffisant pour lui refuser ce caractère ; qu'il résulte de la combinaison des art. 1915 et 1928 du Code civil qu'il existe en droit des contrats de dépôt de plusieurs sortes, les uns faits dans l'intérêt unique du déposant, les autres dans l'intérêt du dépositaire ; que la convention en vertu de laquelle le plaignant avait confié son cheval doit être considérée comme constituant un dépôt de cette dernière espèce [2]. »

2290. Cet arrêt ne fait que constater dans un prêt particulier certains caractères du dépôt, et c'est comme violation d'un

[1] Cass., 26 avril 1810, J.P.8.270, et S.3.177; 22 janv. et 9 oct. 1821, J.P. 16.325 et 914 ; 28 janv. 1832, Journ. du dr. crim., t. 4, p. 68.

[2] Cass., 22 juin 1839, Devill. et Car., 1839.1.629 ; Journ. du dr. crim., t. 11, p. 192.

dépôt qu'il incrimine le détournement de la chose prêtée; mais, même en le restreignant dans les termes de cette espèce, cet arrêt nous paraît donner lieu à quelques observations. Quel était le fait imputé au prévenu ? Ce prévenu avait vendu à son profit un cheval qui lui avait été prêté pour s'en servir, à la charge de le rendre. Quel est le caractère de ce contrat? Est-ce un dépôt ? est-ce un prêt ? La réponse est dans l'article 1887 du Code civil, qui porte: « Le prêt à usage ou commodat est un contrat par lequel l'une des parties livre une chose à l'autre pour s'en servir, à la charge par le premier de la rendre après s'en être servi. » Il est évident que la remise du cheval, dans l'espèce, était un véritable commodat; et tel est aussi le caractère que la loi romaine avait reconnu au même fait : *Si quis equum gestandi causâ commodatum sibi longius aliquo duxerit* [1]. Or, l'art. 408 avait-il prévu le détournement des choses confiées à titre de prêt ou de commodat? Nullement, et la Cour de cassation le reconnaît formellement; mais le commodat serait, suivant sa doctrine, une espèce de dépôt. En premier lieu, des différences essentielles séparent le commodat et le dépôt Le caractère distinctif du dépôt et son but principal et déterminant est *la garde et la conservation* de la chose (art. 915 du Code civil); tellement que le dépositaire ne peut s'en servir sans une permission spéciale du déposant (art. 1930), ni même l'examiner, si elle est enfermée ou enveloppée (art. 1931). Le but principal du commodat, au contraire, *est l'usage* de la chose confiée: sans doute l'emprunteur doit la restituer en nature ; mais c'est pour s'en servir et non pour la garder qu'il l'emprunte. Le prêt est fait dans l'intérêt de celui qui reçoit la chose; le dépôt, dans l'intérêt de celui qui la donne. Le dépositaire est tenu de rendre les mêmes et identiques espèces qu'il a reçues à toute réquisition du déposant ; l'emprunteur n'est tenu de rendre qu'une pareille somme à un terme fixé. On objecte que le § 3 de l'art. 1928 du Code civil prévoit une espèce de dépôt qui se confond avec le prêt à usage; cet article veut que la responsabilité du dépositaire soit appliquée avec plus de rigueur :

[1] Inst. lib. 4, tit. 1, § 6, de oblig. quæ ex del. nascuntur, et l. 40, Dig. de furtis

« 1° si le dépositaire s'est offert lui-même pour recevoir le dépôt ; 2° s'il a stipulé un salaire pour la garde du dépôt ; 3° si le dépôt a été fait uniquement pour l'intérêt du dépositaire ; 4° s'il a été convenu expressément que le dépositaire répondrait de toute espèce de faute. « Mais si les obligations du dépositaire sont, dans ces divers cas, plus rigoureuses, il n'en résulte aucune altération dans la nature du contrat : le but principal de la convention, soit que le dépositaire reçoive un salaire, soit que la chose lui ait été confiée dans son intérêt, soit que la garantie de toute espèce de faute ait été stipulée, est toujours la garde de la chose déposée ; le dépositaire même aurait obtenu la permission de se servir de cette chose, qu'il resterait tenu des soins et des obligations imposées au dépositaire; il s'agit toujours d'un dépôt, et le dépôt, quelles que soient ses modifications, conserve des caractères spéciaux qui ne permettent pas de le confondre avec le prêt. A la vérité, les parties peuvent changer le caractère de la convention primitive ; elles peuvent stipuler, par exemple, qu'après tel délai le dépositaire pourra se servir d'une somme déposée à titre de prêt. Mais c'est alors un nouveau contrat qui succède au premier, et jusqu'à l'époque fixée le dépositaire reste passible des peines de l'abus de confiance, s'il détourne les deniers déposés : *Si pecunia apud te ab initio hâc lege deposita sit ut si voluissesutereris, priùsquàm utaris, depositi teneris* [1]. Ensuite, quand la loi pénale a incriminé la violation de dépôt, elle a nécessairement entendu parler du dépôt tel que l'a défini la loi civile, avec ses caractères particuliers, et non des autres contrats qui sont empreints d'une nature et de signes distinctifs, quels que soient leurs rapports plus ou moins intimes avec le dépôt. Ainsi il importe peu que le prêt ait certains caractères du dépôt ; il suffit qu'il ait reçu de la loi une qualification différente, qu'il ait d'autres caractères et un but spécial, pour qu'il ne lui soit pas permis de lui appliquer une disposition pénale qui n'a désigné que le dépôt. On doit même remarquer que la jurisprudence avait signalé, avant la loi du 28 avril 1832, les lacunes de l'art. 408, en ce qui concerne le louage, le mandat et le

[1] L. 1, § 34, Dig. de deposit.; l. 4, Dig. de rebus creditis.

prêt, et que le législateur, en présence de ces arrêts, n'a introduit dans cet article, par une disposition additionnelle, que le louage et le mandat; il était donc impossible de suppléer à cette lacune volontaire par la voie de l'interprétation. Cette omission s'appuie d'ailleurs sur un grave motif : tout propriétaire ou possesseur peut être contraint de louer, de confier la gestion de ses biens, de déposer des effets chez un tiers. La loi a dû protéger ces actes souvent nécessaires contre les fraudes dont ils peuvent être l'objet; mais le prêt à usage, contrat essentiellement gratuit, est purement volontaire de la part du prêteur; c'est un acte de bienfaisance; il n'a donc pas droit à la même protection ; il s'est librement abandonné à la foi de l'emprunteur ; s'il a été imprudent, il a voulu s'exposer à ce risque; la loi ne lui accorde qu'une action civile en dommages-intérêts. Cette doctrine a été confirmée par un arrêt qui dispose : « qu'il ne suffit pas, pour l'application de l'art. 408, que les objets détournés eussent été remis à la charge de les rendre ; qu'il faut encore que cette remise ait eu lieu en exécution d'un des contrats spécifiés audit article; que, autrement, on ne saurait comprendre la nécessité de l'énumération qu'il contient, non plus que l'addition qu'on y a faite en 1832 du mandat non salarié et du louage; qu'il s'agit, dans l'espèce, du détournement d'objets mobiliers remis à titre de prêt à usage; qu'un pareil détournement n'est pas prévu par l'art. 480 [1]. »

2291. Les mêmes raisonnements s'appliquaient au contrat de nantissement. La Cour de cassation a jugé que le détournement du gage devait être considéré comme violation de dépôt, et devenait passible des peines de l'art. 408 : « attendu que le prêt sur gage est un contrat mixte; que la chose mobilière donnée en nantissement au créancier prend dans ses mains, pour sa conservation, la nature du dépôt; qu'en effet l'art. 2079 du Code civil déclare formellement qu'elle n'est ainsi dans la possession du créancier qu'un dépôt assurant son privilége [2]. » Mais le nantissement, comme le prêt, s'il a

[1] Cass., 26 avril 1845, Bull. n. 153.
[2] Cass., 3 déc. 1818, Devill. et Car., 5.555; J.P.14.1102; et 31 janv. 1831, J.P.16.354.

quelques-uns des caractères du dépôt, n'est point un véritable dépôt ; car son but principal est la sûreté de la dette, et non la conservation de la chose. Sans doute le créancier répond de la perte ou de la détérioration de la chose survenue par sa négligence ; mais cette obligation accessoire ne change point le caractère principal du contrat, elle ne transforme point le nantissemement en contrat de dépôt ; le gage demeure aux mains du créancier à titre de nantissement, et non à titre de dépôt ; et l'art. 2079, en énonçant qu'il n'est qu'un dépôt destiné à assurer le privilége, a voulu seulement exprimer que le créancier n'acquiert aucun droit de propriété sur ce gage. Or, en matière pénale, nous avons souvent répété ce principe : toute interprétation extensive est proscrite ; la loi doit être restreinte dans ses termes, et dès lors, lorsqu'elle ne punit que la violation du dépôt, on ne doit pas étendre ses peines à la violation du gage. Cette doctrine a été confirmée par plusieurs arrêts qui déclarent : « qu'il ne suffit pas, pour l'application de l'art. 408, que les objets détournés aient été remis, à la charge de les rendre, qu'il faut encore que cette remise ait eu lieu en exécution d'un des contrats spécifiés audit article ; que l'énumération de ces contrats, complétée en 1832 par l'addition du mandat salarié et du louage, est essentiellement limitative ; que l'on ne peut, en conséquence, y faire entrer, par voie d'analogie et d'interprétation, un contrat non prévu par ledit article, notamment celui du gage ou nantissement [1]. »

Ces arrêts n'ont point perdu leur intérêt, bien que, ainsi qu'on le verra plus loin (nº 2301), le nantissement et le prêt d'usage aient pris place dans l'art. 408, car ils confirment une règle d'interprétation qui ne doit jamais être perdue de vue.

2292. La Cour de cassation a appliqué les dispositions de la violation du dépôt : 1° aux syndics provisoires d'une failllite qui détournent, au préjudice de la masse des créanciers, une partie des marchandises et effets appartenant au failli [2]. Il résulte, en effet, des dispositions du Code de commerce, que les syndics provisoires d'une faillite ne reçoivent qu'à *titre de dé-*

[1] Cass., 12 janv. 1853, Bull. n. 15 ; 23 mai 1850, Bull. n. 160.
[2] Cass., 29 avril 1825, Bull. n. 85 ; Devill. et Car., 8.115.

pôt, c'est-à-dire à la charge de rendre et représenter les effets et deniers appartenant au failli ; mais cette question spéciale se trouve tranchée par la loi du 28 mai 1838, sur les faillites et banqueroutes. L'art. 596 du Code de commerce, rectifié par cette loi, porte que tout syndic qui se sera rendu coupable de malversation dans sa gestion sera puni correctionnellement des peines portées en l'art. 406 du Code pénal ; 2° aux militaires qui vendent des effets d'habillement et d'équipement qui appartiennent à leur corps ou à l'Etat, et qui leur ont été remis pour leur service [1] : cette solution, contestable en elle-même, ne serait plus applicable, puisque les art. 3 et 6 de la loi du 15 juillet 1829 ont puni comme un délit distinct et spécial le détournement des effets militaires ; 3° aux individus qui, gardiens d'un magasin et dépositaires de la clef qui le ferme, ont détourné une partie des marchandises qui y étaient déposées [2] ; 4° à celui qui a soustrait une somme d'argent déposée dans son domicile, alors même que le déposant aurait conservé la clef du meuble où cette somme est placée ; car l'argent n'en demeure pas moins en sa possession, sous sa garde, et confié à sa foi [3] ; 5° à celui qui détourne un dépôt remis entre ses mains à titre de fidéicommis prohibé par la loi, « attendu que si la cause du dépôt et du mandat était illicite, en ce que ces contrats avaient pour but de faire fraude à la loi, le prévenu ne peut trouver un motif d'impunité dans le vice du contrat, dès qu'il a frauduleusement violé le dépôt et le mandat, au détriment des propriétaires des valeurs détournées [4]. »

2293. La Cour de cassation a jugé encore que l'officier de garde nationale qui a reçu en cette qualité des cartouches, qui les a retenues et qui s'en sert pour la chasse, commet le délit de violation de dépôt [5]. Cette décision se justifie par les faits de l'espèce : il en résultait, en effet, que le prévenu n'avait pas fait la distribution de ces cartouches aux soldats ; qu'il les avait

[1] Cass., 26 fév. 1818, Devill. et Car., 5.443 ; J.P.16.671.
[2] Cass., 24 mars 1832, Journ. du dr. crim., 1832, p. 76.
[3] Cass., 16 fév. 1838, Bull. n. 43.
[4] Cass., 4 nov. 1869, Bull. n. 222.
[5] Cass., 27 nov. 1817, Devill. et Car., 5.388 ; J.P.14.512.

conservées, quoiqu'un arrêté en eût prescrit la restitution, et qu'il les employait à son usage personnel. Mais nous ne saurions suivre la même Cour, lorsqu'elle a appliqué la même décision aux gardes nationaux qui, après la dissolution du corps dont ils faisaient partie, ont refusé de restituer les armes qui leur avaient été distribuées. L'arrêt qui a consacré ce point porte : « que l'art. 91 de la loi du 22 mars 1831 ne prévoit que le cas spécial de la vente par un garde national, à son profit, des armes ou des effets d'équipement qui lui ont été confiés par l'État ou par les communes, et non celui du détournement ; que c'est à l'art. 69 de la même loi qu'il faut se référer pour connaître les obligations générales des gardes nationaux envers l'État, à l'occasion des armes qui leur sont confiées ; que cet article déclare expressément que ces armes restent la propriété de l'État ; que la délivrance n'en est faite, aux termes du premier alinéa de cet article, qu'à la charge, par les gardes nationaux qui les reçoivent, d'en donner un reçu par émargement ; qu'il suit de là que ces armes ne leur sont confiées *qu'à titre de dépôt ;* que lorsque, après une dissolution, les gardes nationaux dépositaires de ces armes refusent, après sommation individuelle, de rendre ces armes, il y a détournement véritable de l'objet de leur destination, puisque les gardes nationaux ne peuvent plus en faire l'usage pour lequel elles leur avaient été confiées ; qu'après cette sommation demeurée sans effet, l'art. 408 devient applicable[1]. » Cet arrêt, qui a été rendu sous l'influence des circonstances politiques, est évidemment dénué de fondement. Sans nul doute, les armes ne sont confiées aux gardes nationaux qu'à titre de dépôt et à la charge de les rendre ou représenter ; mais comment conclure de là qu'il y a détournement punissable, par cela seul que les détenteurs de ces armes, qui offrent de les représenter, refusent de les restituer à une certaine époque ? Est-ce que le simple refus du dépositaire de restituer la chose déposée constitue le délit de violation de dépôt, s'il est certain qu'il l'a fidèlement gardée, s'il offre de la représenter ? Il manque au délit deux éléments essentiels : le fait matériel du détournement des effets, et la

[1] Cass., 27 juill. 1832, Journ. du dr. crim., 1832, p. 214.

fraude, sans laquelle il n'y a point de détournement punissable. Au surplus, le législateur lui-même a senti que l'interprétation de la Cour de cassation avait étendu les termes de la loi au delà de leur sens véritable. L'art. 28 de la loi du 14 juillet 1837, relative aux gardes nationales de la Seine, est ainsi conçu : « Dans les cas de suspension ou de dissolution prévus par l'article 5 de la loi du 22 mars 1831, le préfet du département de la Seine pourra ordonner le dépôt des armes dans un lieu déterminé, sous les peines portées par l'art. 3 de la loi du 24 mai 1834. » Ce dernier article punit les détenteurs non autorisés d'armes de guerre, cartouches ou munitions de guerre, d'un emprisonnement d'un mois à deux ans, et d'une amende de 16 à 100 fr. Ainsi, ce n'est point une violation de dépôt, un détournement frauduleux que le législateur a vu dans le fait imputé aux gardes nationaux, c'est un délit de police, une désobéissance à la loi, et en cela il a restitué à ce fait son véritable caractère. Mais cette loi est spéciale pour le département de la Seine; le refus des gardes nationaux de livrer leurs armes constituera-t-il donc dans ce département un délit de police, dans les autres une violation de dépôt ? Il ne peut, dans aucun cas, constituer ce dernier délit, puisqu'il n'en a pas les caractères légaux; il faut donc conclure que ce refus ne constitue un fait punissable que dans le département de la Seine, et qu'il faut attendre, pour le punir dans les autres départements, que l'article 28 de la loi du 14 juillet 1837 ait été étendu à toute la France.

2294. Le troisième cas de détournement prévu par l'art. 408 est celui qui est commis dans l'exécution du *mandat*. Nous avons vu qu'avant le Code pénal de 1810, les détournements commis par un mandataire, soit gratuit, soit salarié, ne constituaient aucun délit [1]. Ce Code ayant ajouté aux mots *à titre de dépôt*, qui se trouvaient dans la loi de 1791, ceux-ci : *ou pour un travail salarié*, la jurisprudence appliqua ces dernières expressions au mandataire dont le salaire avait été convenu [2];

[1] Cass., 14 flor. an XIII, 12 et 20 mai 1814, J.P.4.521; Devill. et Car., 2.107 et 4.561.

[2] Cass., 18 nov. 1813, Devill. et Car., 4.470; J.P.11.773.

mais l'abus commis par un mandataire gratuit resta hors du domaine de la juridiction répressive. C'est pour faire disparaître cette lacune que la loi du 28 avril 1832 ne s'est pas contentée d'écrire le mot *mandat* dans l'art. 408, et qu'elle a ajouté : *pour un travail salarié ou non salarié.* Ainsi les distinctions tracées avec tant de soin par la jurisprudence entre le mandataire *salarié* et *à titre gratuit* n'ont plus d'objet; dans l'un et l'autre cas, le délit a le même caractère et la peine est identique. Le salaire du mandataire a cessé d'être une circonstance aggravante de son infidélité.

2295. Il ne faut pas perdre de vue, du reste, ainsi que nous l'avons établi plus haut, que le détournement commis par le mandataire ne peut être incriminé que lorsque ce mandataire a été mis en demeure de restituer, et qu'il n'a pas effectué cette restitution, soit parce qu'il s'est mis dans l'impossibilité de le faire, soit parce qu'il a nié qu'il eût dans les mains les objets réclamés (*Voy.* n° 2272). Dans ce cas, la dénégation de la remise ou l'impossibilité de la restitution est considérée, non comme une preuve, mais comme une présomption que le mandataire, en mettant la main sur les objets qui lui ont été remis, a eu l'intention de se les approprier. Si ce fait ne suffit pas pour constituer le délit, puisqu'il n'y a pas de délit sans intention constatée, il peut conduire le juge à la reconnaître dans l'ensemble du procès. C'est dans ce sens que la jurisprudence doit être appliquée. Un arrêt déclare : « que le fait de faire emploi d'une somme reçue à titre de mandat, pour payer une dette personnelle, a pu être considéré comme un abus de confiance, quand il a été suivi de l'impossibilité de la restituer[1]. » Un autre arrêt prononce un rejet : « attendu qu'il résulte de l'ensemble des motifs et des faits constatés qu'au moment du détournement le demandeur ne pouvait plus se faire illusion sur la situation de ses affaires; que, notamment au moment où il appliquait à ses besoins la somme provenant de la créance qu'on lui avait donné le mandat de recouvrer, il se trouvait sous le coup de nombreuses poursuites, et qu'ainsi la fraude existait[2]. »

[1] Cass., 6 août 1852, Bull. n. 267.
[2] Cass., 2 juin 1853, Bull. n. 199.

Un troisième arrêt rejette également un pourvoi, en se fondant « sur ce que le détournement consiste en ce qu'en trompant son mandant sur le fait de la réception des deniers ou sur les causes qui s'opposaient à leur représentation, le prévenu les a appliqués à ses affaires personnelles ; que le fait de la dissipation est constaté par l'impuissance où le prévenu s'est trouvé de se libérer [1]. » Enfin on lit encore dans un arrêt : « que si l'intention frauduleuse n'est pas expressément déclarée, il est de principe, l'art. 408 ne contenant pas de définition précise et sacramentelle, qu'elle peut résulter du rapprochement entre elles des diverses constatations de la décision du juge du fait ; que du rapprochement de ces constatations : — détournement, dissipation des fonds et défaut de versement après une mise en demeure et un jugement, — résulte nécessairement la démonstration de l'esprit de fraude qui avait présidé aux actes qui ont motivé la condamnation [2]. »

2296. Mais il importe de remarquer que la jurisprudence applique, en général, ces règles avec une sévérité plus grande, lorsque les prévenus ont la qualité d'huissier ou de notaire. Leurs fonctions leur imposent une probité rigoureuse, et, la confiance des parties étant obligée, il a paru qu'ils étaient plus coupables lorsqu'ils détournaient les fonds déposés entre leurs mains, et qu'il y avait lieu, par conséquent, d'admettre avec moins de difficulté à leur égard la constatation des éléments du délit. On lit dans un arrêt qui rejette le pourvoi d'un notaire : « que le prévenu qui avait détourné les fonds à lui confiés s'était mis dans l'impossibilité de les rembourser, et que cette impossibilité résultait de sa faute, puisqu'elle avait pour cause des actes interdits aux notaires ; que ces détournements sont d'autant plus graves qu'ils ont été commis par un notaire, désigné par ses fonctions à la confiance publique [3]. » On lit dans un autre arrêt : « qu'il y a détournement de la part du déposi-

[1] Cass., 6 fév. 1858, Bull. n. 40.

[2] Cass., 21 mars 1861, Bull. n. 62 ; 19 avril 1861, Bull. n. 83 ; et conf. Cass., 5 janv. 1863, Bull. n. 3 ; 12 janv. 1866, Bull. n. 15 ; 20 déc. 1867, Bull. n. 263 ; 24 juin 1869, Bull. n. 153 ; 3 fév. 1870, Bull. n. 32.

[3] Cass., 13 janv. 1853, Bull. n. 59.

taire qui, mis en demeure de se libérer, résiste opiniâtrément à la restitution des sommes par lui touchées, dans l'intention de se les approprier en tout ou en partie; qu'il n'est aucunement nécessaire que cette intention ait reçu une réalisation absolue ou momentanée; que le fait seul d'une rétention illégitime et frauduleuse, qui détourne les deniers reçus de leur destination légale ou convenue, constitue le détournement punissable de la part d'un dépositaire public[1]. » Enfin, dans une espèce où le notaire, détenteur des fonds, ne les avait restitués qu'après une instruction commencée, un arrêt déclare : « qu'à cette époque, la position très-embarrassée de ce notaire et la liquidation forcée qu'elle devait amener rendaient sa solvabilité douteuse et éventuelle; qu'il ne pouvait alléguer l'absence d'intention frauduleuse, que repousent les circonstances de la cause et un si grave oubli de ses devoirs professionnels[2]. » D'autres arrêts consacrent encore la même tendance[3]. »

2297. Le fait d'un associé qui emploie dans un intérêt personnel les valeurs de la société rentre-t-il dans les termes de l'art. 408? L'affirmative a été déclarée par un arrêt qui porte : « que le contrat de société n'exclut pas la stipulation d'un mandat; que le même acte qui établit une société et détermine les droits des associés peut aussi contenir les pouvoirs conférés à l'un des contractants pour la gestion et l'administration de la chose mise en société et pour la direction des intérêts communs; que, spécialement dans la société en commandite, les associés, responsables et solidaires, sont investis par leurs coïntéressés du pouvoir de gérer, administrer et signer pour la société; que ceux des associés auxquels ce pouvoir est attribué doivent être désignés dans l'extrait de l'acte de société qui est remis au greffe du tribunal de commerce et publié conformément aux art. 42 et 43, C. comm.; qu'ils sont constitués par là mandataire de leurs coassociés, et que les valeurs appartenant à la société leur sont remises à titre de mandat; que si le

[1] Cass., 28 mars 1856, Bull. n. 126.

[2] Cass., 14 janv. 1859, Bull. n. 20.

[3] Cass., 13 sept. 1845, Bull. n. 290; 11 mars 1858, Bull. n. 86; 28 avril 1859, Bull. n. 105; 13 déc. 1860, Bull. n. 291.

mandat ainsi contracté est modifié sous divers rapports, à raison de son concours avec le contrat de société, notamment s'il ne peut être révoqué sans cause légitime, il n'entraîne pas moins, comme l'une de ses conséquences, l'obligation pour le mandataire de se renfermer dans les limites de son mandat, d'en rendre compte et d'être passible, en cas de fraude, des poursuites autorisées et des peines prononcées par la loi contre le mandataire infidèle[1]. » La même décision s'applique aux associés en participation : un arrêt déclare « que le contrat de société, et, à plus raison, une simple association en participation, n'exclut pas la stipulation d'un mandat ; que les demandeurs, quoique intéressés dans le résultat de l'opération, étaient chargés de filer à façon les cotons qui ont été reconnus appartenir au plaignant ; qu'ils avaient donc contracté envers lui toutes les obligations découlant de cette convention, mandat ou louage d'industrie ; que ces obligations sont sanctionnées, en cas d'abus de confiance, par les dispositions pénales de l'article 408 [2]. »

2298. Le cohéritier qui omet sciemment de comprendre dans l'inventaire des valeurs qu'il s'approprie, au préjudice de ses cohéritiers, commet-il un abus de confiance ? Ce fait avait été considéré comme un vol ; mais l'arrêt qui avait appliqué les peines de ce délit a été cassé par un arrêt qui porte : « que, sans examiner si la circonstance de la détention par le prévenu, et dans l'intérêt commun de la succession, des billets dont il s'agit, ne constituait pas un mandat, et s'il ne serait pas résulté de la procédure des charges susceptibles de donner aux faits ultérieurs le caractère d'un abus de confiance, l'arrêt attaqué leur attribue celui de la soustraction frauduleuse définie par l'art. 379 ; qu'en statuant ainsi, lorsqu'il reconnaissait que la détention des billets avait eu lieu, dans les mains du prévenu, *à titre de copropriétaire et de cohéritier*, et par conséquent en vertu d'une qualité qui lui conférait un droit dans la

1 Cass., 8 août 1845, Bull. n. 256 ; 31 juill. 1851, Bull. n. 316 ; 10 déc. 1858, Bull. n. 299 ; 9 juin 1063 ; Bull. n. 205.

2 Cass., 6 juill. 1849, Bull. n. 150 ; et conf. Cass., 13 août 1868, Bull. n. 191.

chose commune, sans même qu'il apparaisse d'aucune opposition de la part des autres héritiers, et en appliquant à cette situation les caractères d'une soustraction de la chose d'autrui, l'arrêt a méconnu le véritable sens de l'art. 379[1]. » Il est évident, en effet, que cet acte ne pouvait constituer un vol, puisque les objets détournés avaient été confiés à la foi du cohéritier; mais, précisément à raison de cette circonstance, ainsi que l'arrêt de cassation le fait remarquer, ce détournement pouvait contenir en lui-même les caractères d'un abus de confiance, puisque le cohéritier avait abusé du mandat de ses cohéritiers, à l'égard de la partie des valeurs qui ne lui appartenait pas. C'est l'application de la règle qui vient d'être posée à l'égard des associés.

2299. Le tuteur qui dissipe les deniers de son pupille peut-il être passible des dispositions de l'art. 408? On peut objecter que le tuteur n'est pas un mandataire ordinaire; qu'il exerce une sorte de fonction légale, et que, dans l'esprit de la loi civile et dans l'intérêt de la famille, sa responsabilité doit être exclusivement civile. Mais il a été jugé, dans une espèce, à la vérité, où la mauvaise foi du tuteur était flagrante, « qu'il résulte de l'ensemble des dispositions du Code civil concernant la tutelle, que le tuteur administre les biens du mineur *à titre de mandat*, puisqu'il est responsable du préjudice que ses actes peuvent lui causer; qu'il est tenu non-seulement de faire un emploi utile de l'excédant des revenus sur la dépense, mais de rendre compte, à la fin de sa gestion, de tous les fonds dont il a eu le maniement pendant la durée de celle-ci; que le premier acte de l'administration du prévenu, en sa qualité de tuteur, a été d'exiger le remboursement de toutes les sommes garanties, même par des hypothèques; que, nanti de ces valeurs, il a fait à la Bourse une série d'opérations et de virements de fonds qui, par leur nature, constituent un véritable jeu de bourse, et qu'en agissant ainsi il a compromis et absorbé toute la fortune mobilière de sa pupille; que l'arrêt attaqué déclare que la mauvaise foi du prévenu ressort de tous les actes de ce négociant en déconfiture, lequel, sachant qu'il était insolvable, a dissipé

[1] Cass., 1er déc. 1848, Bull. n. 298.

et détourné des deniers au préjudice du véritable propriétaire ; qu'en voyant dans ces faits le délit prévu par l'art. 408, l'arrêt en a fait une application légale à la cause [1]. »

Une décision identique résulte encore d'un autre arrêt dont il peut être utile de rappeler les termes. Cet arrêt dispose : « que le tuteur qui reçoit pour ses pupilles des fonds à charge d'en opérer le placement à leur profit immédiatement dans la forme qui lui a été prescrite, doit incessamment être en mesure de justifier que les fonds sont entre ses mains ou qu'il en a fait l'emploi prescrit par le conseil de famille, lorsque ce compte lui est régulièrement demandé ; que la demande de ce compte à l'inculpé résulte de la délibération prise par le conseil de famille ; qu'elle constitue une mise en demeure de restituer les fonds ou de justifier de leur emploi ; que les éléments constitutifs du détournement frauduleux se trouvent établis par l'arrêt portant que, loin d'offrir le remboursement des fonds ou la justification de leur emploi, le prévenu reconnaît qu'ils sont absolument perdus pour les mineurs et qu'il est, quant à présent, hors d'état de les restituer [2] ».

2300. Quelques tribunaux avaient distingué entre le détournement des sommes *reçues en vertu du mandat* et celui des sommes *remises à titre de mandat.* On alléguait que cette dernière condition est la seule qui soit admise par le Code pénal ; qu'il faut pour son accomplissement que la remise des fonds ait été faite au mandataire par le mandant ; que lorsque le mandataire a reçu de tiers des deniers en vertu du mandat, il n'est soumis qu'à l'action qui naît du contrat de mandat, obligé de rendre compte de sa gestion et débiteur de l'intérêt des sommes qu'il aurait employées à son usage. Cette distinction a été rejetée par la Cour de cassation : « attendu que rien ne justifie, dans l'art. 408, la distinction admise par le jugement attaqué ; que ce que la loi a voulu punir, c'est l'abus de confiance dont le mandataire se serait rendu coupable envers son commettant ; qu'il importe peu que les sommes reçues lui aient été remises par le mandant lui-même ou par ses débi-

[1] Cass., 10 août 1850, Bull n. 255.
[2] Cass., 3 fév. 1870, Bull. n. 32.

teurs ; que c'est toujours en exécution, par suite et conséquemment à titre de mandat qu'il les a reçues; que, du reste, les obligations qui naissent du contrat de mandat et l'action civile à laquelle elles peuvent donner lieu ne sauraient mettre le mandataire infidèle à l'abri de l'action du ministère public [1] ».

2301. La loi du 13 mai 1863 a ajouté les contrats de *nantissement* et de *prêt à usage* aux contrats déjà désignés dans l'art. 408. Aucune explication n'a été donnée au sujet de cette addition, soit dans les motifs, soit dans les rapports. La raison se trouve évidemment dans les arrêts que nous avons cités et qui avaient décidé, conformément au texte de la loi, que la violation de ces deux contrats ne constituait pas le délit prévu par cet article [2]. Nous avons déjà apprécié cette modification (n° 2290). Les deux contrats dont la violation rentre aujourd'hui dans les termes de l'art. 408 ont donné lieu à une double interprétation de la loi.

En ce qui touche le nantissement, il a été décidé que cette disposition s'appliquait au chef d'une entreprise qui disposait des sommes qu'il avait reçues de ses préposés à titre de garantie de leur gestion. L'arrêt porte : « que l'art. 271 du Code civil définit ce nantissement au contrat par lequel un débiteur remet une chose à son créancier pour sûreté de la dette ; qu'il résulte des faits constatés par l'arrêt attaqué que, la somme de 130 fr., remise au directeur du théâtre par chacune des ouvreuses de loges lui avait été donnée pour garantie de leur gestion, et qu'il lui était interdit de s'en servir ; que dans ces faits se trouvent tous les caractères essentiels du contrat de nantissement ; une chose qui en fait l'objet, la remise de cette chose au créancier, et la détention de cette chose par celui-ci, pour sûreté de la dette, but principal de ce genre de contrat ; qu'il suit de là qu'il y a eu nantissement ; que, par conséquent, l'art. 408 était applicable, puisqu'il désigne le nantissement comme l'un des contrats dont la violation est caractéristique de l'abus de confiance [3]. »

[1] Cass., 7 sept. 1844, Bull. n. 315.
[2] Cass., 4 juin 1864, Bull. n. 140.
[3] Cass., 29 nov. 1866, Bull. n. 248 ; et conf. 28 sept. 1867, n. 214.

En ce qui touche le prêt à usage, il a été reconnu que le fait de remettre des actions d'une compagnie de chemin de fer à un tiers, à condition de ne les employer qu'à titre de nantissement pour se procurer une somme d'argent, constitue un prêt à usage dont la violation rentre dans les termes de la loi : « attendu que la juridiction correctionnelle avait à déterminer le caractère légal d'un prêt gratuit, non de choses fongibles, dont le prévenu avait la faculté de disposer, sauf remplacement, mais de valeurs industrielles indiquées par la convention comme des corps certains dont le prêteur s'était réservé la propriété en autorisant seulement l'emprunteur à les employer en nantissement, à la charge de les rendre en nature au légitime propriétaire ; que le préjudice provient de la vente de ces titres opérée par le prévenu au mépris des engagements qu'il avait contractés [1] ».

2302. Le quatrième cas de détournement prévu par l'art. 408 est celui des effets remis *pour un travail salarié ou non salarié, à la charge de les rendre ou représenter*, ou *d'en faire un usage ou un emploi déterminé.* La loi du 28 avril 1832 n'a apporté aucun changement à l'égard des abus commis dans cette espèce de convention. Les expressions de la loi s'appliquent principalement au détournement des marchandises ou de toutes autres choses susceptibles d'être ouvragées ou perfectionnées par celui auquel elles ont été remises ; tel serait le détournement commis par un boulanger qui ne remettrait pas la quantité de pain fournie par la farine qui lui aurait été remise, ou par un meunier qui ne rendrait pas toute la quantité de farine produite par le blé qu'on lui a donné à moudre. La Cour de cassation a décidé, en effet, dans cette espèce : « que le meunier, recevant des blés et s'obligeant à rendre des farines, moyennant une somme qu'il recevra pour son droit de mouture, est évidemment un individu à qui des marchandises sont remises pour faire un travail salarié, puisqu'il recevra un paiement, et à qui des marchandises sont remises à la charge de les rendre ou représenter, puisque la chose qu'il rendra sera le blé même qui lui a été confié et que l'action de son moulin aura

[1] Cass., 14 avril 1870, Bull. n. 86.

converti en farine; que le meunier qui sciemment ne rend pas à la personne qui lui a confié des blés pour les moudre toute la farine que ces blés ont dû produire, commet nécessairement un délit de confiance, puisqu'il détourne ou dissipe, au préjudice du propriétaire, une partie de la denrée qui lui a été remise pour un travail salarié, à la charge de la rendre ou représenter[1]. »

Cependant la disposition de la loi n'est point restrictive; et si elle semble avoir eu surtout en vue le détournement des marchandises livrées pour être travaillées, elle s'applique néanmoins aux travaux de toute espèce, lorsque ces travaux ont motivé la remise d'un objet et ont été l'occasion de son détournement. La Cour de cassation l'a ainsi jugé, sous l'empire du Code pénal de 1810, en se fondant sur ce que « dans la désignation des objets qui auraient été remis soit pour un travail salarié, soit à titre de dépôt, *les deniers* s'y trouvent, comme les marchandises et autres effets, formellement compris[2]. » D'où l'on concluait qu'une gestion d'affaires et le travail qui avait pour objet un recouvrement de deniers rentraient dans les termes de l'art. 408. Cette interprétation n'a plus la même importance, depuis que les détournements commis par les mandataires ont été expressément compris dans cet article. Ainsi, le notaire qui a dissipé les sommes qui lui ont été remises pour acquitter les droits d'enregistrement d'un acte, ne serait plus poursuivi pour détournement de deniers confiés pour faire un travail salarié[3], mais bien pour détournements des deniers confiés à titre de mandat et à la charge d'en faire un emploi déterminé.

2303. Résumons maintenant les règles que nous venons de développer. La loi pénale, il est nécessaire de le rappeler d'abord, n'a point voulu incriminer et punir tous les abus de confiance; au milieu des fraudes nombreuses qui entachent les conventions et corrompent leur exécution, elle n'a saisi que les plus graves, celles qui peuvent être plus facilement constatées, celles qui se manifestent plutôt par un fait étranger à la con-

[1] Cass., 11 avril 1817, Devill. et Car., 5.307; J.P.14.179.
[2] Cass., 18 nov. 1813, Devill. et Car., 4.470; J.P.14.773.
[3] Cass., 31 juill. 1817, Devill. et Car., 5.354; J.P.14.388.

vention que par la seule inexécution de cette convention. La première règle de la matière est donc que l'abus de confiance n'est punissable que dans les cas que la loi a expressément prévus et sous les conditions qu'elle a prescrites. Ces conditions sont formulées par l'art. 408 : cet article exige, comme premier élément du délit, qu'un détournement frauduleux ait été consommé ; il veut, en deuxième lieu, que ce détournement ait été commis au préjudice des propriétaires, possesseurs ou détenteurs ; il ne l'incrimine ensuite, et c'est le troisième élément, qu'autant qu'il porte soit sur des effets, deniers ou marchandises, soit sur des billets, quittances ou autres écrits contenant ou opérant obligation ou décharge ; enfin, il limite son incrimination aux seuls cas où les effets ont été remis à titre de louage, de dépôt, de nantissement, de prêt à usage, de mandat, ou pour un travail salarié ou non salarié, à la charge de les rendre ou représenter, ou d'en faire un usage ou un emploi déterminé. C'est de la réunion de ces quatre éléments distincts que se forme le délit : il faut donc que le jugement qui porte condamnation les énonce et les constate successivement ; car, à défaut de cette énonciation, la pénalité n'aurait plus de base ; le juge punirait peut-être un acte frauduleux, mais rien ne prouverait que cet acte est le délit que la loi a prévu et voulu punir.

2304. On trouve l'application de cette règle dans de nombreux arrêts. Un premier arrêt juge, d'abord, « que l'inexécution, de la part du propriétaire d'une maison, de l'obligation d'en opérer la revente, inexécution d'une obligation purement civile, ne peut être qualifiée délit [1] ; » il décide ensuite : « que l'omission d'inscrire au dos d'un billet qui formait le titre d'une créance, un à-compte payé par le débiteur, ne constitue qu'un dol civil. » Un autre arrêt déclare que le fait par un garçon de caisse de recevoir, par suite de l'erreur de celui qui effectue un payement, une somme plus forte que celle qui lui est due, ne constitue, lors même qu'il s'en est aperçu, aucun abus de confiance [2]. Un autre arrêt décide encore que la remise, à titre de prêt ou d'échange, d'un billet de complai-

[1] Cass., 28 déc. 1844, Bull. n. 416.
[2] Cass., 22 mai 1856, Bull. n. 188.

sance, ne peut constituer le dépôt dont l'abus est puni par la loi : « attendu que le dépôt est un contrat spécial qui a ses conditions et son objet déterminé, et auquel ne peut être assimilée l'action de l'emprunteur ou du débiteur qui ne rend pas à son légitime propriétaire la chose par lui antérieurement reçue, et qui la garde contre le gré de ce dernier ; que cette intention frauduleuse et l'abus qui peut être fait de l'objet indûment conservé ne constituent qu'un dol civil [1]. » Enfin d'autres arrêts décident que la violation de tous les contrats qui ne sont pas spécialement désignés dans l'art. 408, ne rentre pas dans l'application de la disposition pénale de cet article [2].

2305. Ces éléments réunis, le délit existe [3]; mais en cette matière l'action répressive n'est pas toujours ouverte : la poursuite demeure subordonnée à l'existence d'une condition que nous devons indiquer, pour compléter cette matière. La jurisprudence a admis en principe que, lorsque le délit prend sa source dans un contrat ou dans l'exécution d'un contrat, la juridiction criminelle est compétente pour déclarer l'existence de ce contrat et en apprécier les conditions. Ainsi la Cour de cassation a jugé que la juridiction correctionnelle, compétente pour connaître de la violation d'un dépôt, peut prononcer sur la préexistence de ce dépôt, car la preuve du délit de la violation du dépôt ne pouvant être séparée de celle de l'acte du dépôt, la compétence sur le délit qui forme l'action principale entraîne nécessairement la compétence sur le contrat, dont la dénégation n'est qu'une exception contre cette action [4]. Dans d'autres espèces, la même cour a décidé, par les mêmes motifs, que les tribunaux correctionnels, compétents pour statuer sur le détournement d'une contre-lettre confiée à titre de dépôt, l'étaient également pour prononcer sur l'existence de cette

[1] Cass., 28 juin 1860, Bull. n. 145.

[2] Cass., 25 août 1859, Bull. n. 212.

[3] V. les cas nombreux où ces éléments ont été jugés suffisamment établis : Cass., 14 sept 1849, Bull. n. 255; 2 août 1851, Bull. n. 323; 14 sept. 1855, Bull. n. 321 ; 12 janv. 1855, Bull. n. 10; 7 avril 1859, Bull. n. 91 ; 29 déc. 1860, Bull. n. 300 ; 20 juill. 1860, Bull. n. 169 ; 22 août 1861, Bull. n. 189.

[4] Cass., 2 déc. 1813, Devill. et Car., 4.478 ; J.P.11.803 ; 11 fév. 1832, Dall.32.1.186 ; 13 mars 1840, Bull. n. 81.

contre-lettre [1]. que la même juridiction, saisie d'une plainte en détournement de billets, a le droit de décider si ces billets sont sincères ou fictifs [2]. Ainsi, lorsque le contrat civil et le délit forment des actes distincts, et que le délit suppose nécessairement l'existence du contrat, la question préjudicielle que fait naître cette existence demeure dans le domaine du juge criminel [3].

2306. Mais ce juge reste soumis, pour la recherche et l'admission de la preuve de la convention, aux règles qui sont prescrites par la loi civile. Ce principe, édifié par la Cour de cassation, et que cette Cour n'a pas cessé d'appliquer [4], est fondé sur ce que les formes établies pour le jugement des questions civiles sont les mêmes, devant quelque juridiction qu'elles soient agitées ; que ces règles dérivent de la nature des conventions, et non du caractère de la juridiction civile ; que si elles n'étaient pas observées par la juridiction criminelle, il dépendrait des parties lésées d'éluder la disposition de la loi, en prenant la voie de la plainte au lieu de la voie civile, et en substituant à la preuve qu'elle a prescrite celle que l'instruction criminelle admet en général.

Or, la procédure civile n'admet que des preuves d'un certain ordre ; elle rejette la preuve par témoins pour établir l'existence d'une convention dont l'objet excède la valeur de cent cinquante francs, et lorsqu'il n'existe aucun commencement de preuve par écrit, et qu'aucun cas de nécessité ou de force majeure n'est allégué (art. 1341, 1347, 1348 du Code civ.). Les parties sont astreintes à se procurer la preuve littérale des obligations qu'elles consentent, et ce n'est que dans ce cas que la loi civile leur permet de recourir à la preuve testimoniale.

Il suit de là que, toutes les fois qu'il s'agit d'un délit qui prend sa source dans un contrat, tel que la violation d'un dé-

[1] Cass., 25 mai 1816, Devill. et Car., 5.193 ; Dall. alph., t. 3, p. 477.

[2] Cass., 7 therm. an XIII, Devill. et Car., 2.145 ; Dall., *ibid.*, p. 475.

[3] V. Carnot, Comm. du Code pénal, t. 2, p. 387 ; Toullier, Droit civ., t. 9, p. 244 ; Legraverend, t. 2, p. 41 ; Mangin, Traité de l'act. publ., t. 1er, p. 366.

[4] Cass., 2 déc. 1813, J.P.11.803 ; 10 avril 1819, *ibid.*, t. 15, p. 812 ; 26 sept. 1823, *ibid.*, t. 18, p. 163.

pôt, l'abus d'un mandat, le détournement d'objets remis pour en faire un usage ou un emploi déterminé, la partie lésée ou le ministère public ne peuvent être admis à invoquer la preuve par témoins pour établir l'existence de la convention, si l'objet de cette convention excède la valeur de cent cinquante francs. Le juge criminel doit alors, si le prévenu dénie la convention, et s'il n'en existe ni preuve ni commencement de preuve par écrit, déclarer la plainte non recevable quant à présent. C'est, en effet, une fin de non-recevoir qui peut cesser avec la cause qui l'a produite, puisque la découverte ultérieure d'une preuve ou d'un commencement de preuve par écrit rendrait à l'action son libre cours [1]. Il faut ajouter que cette fin de non-recevoir cesserait d'exister, si la convention était intervenue en matière commerciale, puisque la preuve testimoniale, aux termes de l'art. 109 du Code de commerce, est admissible en cette matière[2].

2307. Ces diverses règles ont été appliquées par plusieurs arrêts. Si la plainte, en alléguant une convention, n'en apporte pas la preuve écrite, dans les cas où cette preuve est exigée par la loi civile, il n'y a pas lieu d'y donner suite[3]. Mais cette règle admet quelques restrictions : 1° lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit régulièrement constatée [4] qui rend présumable le fait allégué, ou que l'existence du mandat est reconnue par le mandataire lui-même [5]; et il a été jugé « qu'il est de principe que le commencement de preuve par écrit peut résulter de tout acte émané de celui contre lequel la demande est formée, et spécialement des interrogatoires du prévenu [6]. » Un arrêt ajoute : « que si ces interroga-

[1] Cass., 2 déc. 1813, Devill. et Car., 4.478 ; J.P.11.803 ; Merlin, Rép. de jurisp., v° *Dépôt*, § 1er, n. 6 ; Mangin, Traité de l'act. publ., n. 175.

[2] Cass., 12 janv. 1855, Bull. n. 10 ; 22 avril 1864, Bull. n. 115 ; 12 mai 1824, n. 126 ; 28 mai 1864, Bull. n. 135 ; 23 janv. 1868, Bull. n. 20 ; 10 avril 1868, Bull. n. 102.

[3] Cass., 24 sept. 1857, Bull. n. 347.

[4] Cass., 28 janv. 1870, Bull. n. 23.

[5] Cass., 10 janv. 1851, Bull. n. 11 ; 14 janv. 1864, Bull. n. 12 ; 16 juill. 1868, Bull. n. 168 ; 13 août 1868, Bull. n. 191 et 192.

[6] Cass., 18 août 1854, Bull. n. 260 ; 30 juill. 1863, Bull. n. 211 ; 13 août 1868, Bull. n. 191.

toires ne renferment pas d'aveu dans le sens des art. 1354 et suiv. Code civ., ils contiennent des déclarations qu'il appartient au tribunal d'apprécier comme commencement de preuve par écrit[1]. » Lorsque, comme on vient de le rappeler, le prévenu avoue et reconnaît l'existence du mandat. Il importe seulement d'expliquer comment cet aveu doit être apprécié. Si, en thèse générale, l'aveu d'un prévenu, en matière criminelle, peut être librement apprécié par le juge, il n'en est plus ainsi lorsqu'il s'agit d'établir la preuve d'un contrat civil : l'aveu est soumis, dans ce cas, à la règle du droit civil, et ne peut être divisé contre celui de qui il émane[2]. Toutefois il faut ajouter avec un arrêt : « que les principes du droit civil ne font pas obstacle à ce que chacun des aveux consignés dans des interrogatoires qui présentent une série de demandes et de réponses, et renfermant autant de propositions distinctes qu'il y a de questions posées et de réponses corrélatives, soit séparé des aveux qui précèdent ou qui suivent, de telle sorte que le juge adopte les uns et repousse les autres ; que cela est vrai surtout lorsqu'il est reconnu, par exemple, qu'un aveu formel sur un point présente sur un autre des variations, des contradictions éclairées et démenties par d'autres preuves[3]. » 3° Lorsque l'existence du contrat n'a été contestée ni en première instance ni en appel : il n'est plus permis d'élever pour la première fois cette exception sur le pourvoi[4]. 4° Lorsque la preuve du mandat résulte de la position même du prévenu, par exemple, s'il est clerc de notaire, d'avoué ou huissier. Il a été jugé : « que la qualité de clerc caissier admise en fait et les actes qui en sont la suite n'ont pas besoin d'être prouvés par écrit ; que la confiance générale et nécessaire qui s'établit entre le patron et son employé rend inapplicables les règles du mandat ordinaire[5], lorsque les manœuvres frauduleuses de l'agent ont eu pour effet de faire

[1] Cass., 22 avril 1854, Bull. n. 116.
[2] Cass., 28 juill. 1854, Bull. n. 244.
[3] Cass., 24 sept. 1857, Bull. n. 347; et conf. 18 août 1854, Bull. n. 260 ; 22 avril et 12 mai 1854, Bull. n. 116 et 144.
[4] Cass., 26 avril 1851, Bull. n. 157.
[5] Cass., 4 nov. 1858, Journ. du dr. crim., 1859, p. 72.

obstacle à la preuve du contrat [1] ou lorsque le fait civil et le délit s'identifient et se confondent, de sorte qu'il y ait indivisibilité entre le contrat et les moyens de fraude employés par l'agent [2]. 5° Lorsque les opérations dans lesquelles est intervenu le délit sont relatives à la matière commerciale, ainsi que nous l'avons rappelé au numéro précédent. Nous nous bornons à indiquer ici les arrêts spécialement rendus en matière d'abus de confiance : toutes ces règles ont été développées ailleurs avec toutes les questions qui s'y rattachent [3].

2308. La loi du 28 avril 1832 a introduit dans l'art. 408 un deuxième paragraphe qui a été développé par la loi du 13 mai 1863 et qui est ainsi conçu : « Si l'abus de confiance, prévu et puni par le précédent paragraphe, a été commis par un officier public ou ministériel ou par un domestique, homme de service à gages, élève, commis, ouvrier, compagnon ou apprenti, au préjudice de son maître, la peine sera celle de la reclusion. »

L'addition faite dans ce paragraphe par la loi du 13 mai 1863 a consisté à y introduire les mots « officier public ou ministériel, » cette addition a été proposée par la commission du Corps législatif. On lit dans son rapport :

« L'abus de confiance n'est qu'un délit. L'art. 408 ne le punit que d'une peine correctionnelle. On en fit un crime en 1832, et on le punit de la reclusion lorsqu'il était commis par un homme de services à gages. Il a paru à votre commission qu'il y avait des motifs plus déterminants encore d'aggraver la qualification et la peine due à cette infraction, lorsqu'elle était commise par des officiers publics ou ministériels, c'est-à-dire par des hommes investis d'un mandat légal et commandant la confiance par la situation qu'ils occupent et par le caractère dont ils sont revêtus. — Ainsi, qu'un agent de change, qu'un notaire, qu'un avoué, dans les mains duquel les parties ont déposé les sommes destinées à payer un prix de vente, un achat de fonds publics ou des droits d'enregistrement, abuse de ce dépôt et emporte ou s'approprie les valeurs qui lui ont été confiées, nous n'avons pas cru nous montrer trop sévères en voyant un véritable crime dans ce détournement, et nous l'avons puni de la reclusion. »

[1] Cass., 13 janv. 1866, Bull. n. 16.
[2] Cass., 22 nov. 1863, Bull. n. 265 ; 29 avril 1864, Bull. n. 120.
[3] V. notre Traité de l'instr. crim., VII, 716.

La modification relative à l'aggravation pénale a seule donné lieu à quelques observations dans le Corps législatif.

M. Millet a dit : « Il s'agit d'abord de savoir ce que vous faites : pour les officiers ministériels, on sait ce que c'est ; mais pour les officiers publics, si vous prenez le Code pénal, vous verrez que cette qualification s'applique à tous les les fonctionnaires de l'État. Cependant l'art. 171 ne punit que d'une peine correctionnelle l'abus de confiance commis par les percepteurs et comptables publics, si les valeurs détournées sont au-dessous de 3,000 fr. Ainsi, voilà une partie des fonctionnaires auxquels s'applique la rédaction introduite par la commission qui, en vertu de la loi, lorsqu'il s'agit d'abus de confiance pratiqué en matière de deniers publics ou privés, ne sont punis que de peines correctionnelles, tandis qu'on veut pour tous les abus de confiance quelconques, sans distinction de leur importance pécuniaire, les punir de la peine de la reclusion. A moins qu'on ne veuille faire du Code pénal un tissu d'incohérences, il est impossible de laisser passer une disposition semblable. Vous nous avez dit, à propos de la concussion, que vous vouliez correctionnaliser celles que vous appelez petites, parce qu'on les acquitte toujours. Croyez-vous que le jury ne sera pas aussi indulgent pour les petits abus de confiance que pour les petites concussions, et qu'il n'acquittera pas les uns autant qu'il acquitte les autres, ainsi que vous vous en plaignez?

M. le commissaire du Gouvernement (M. Cordoën) a répondu : « La commission a fait une chose très-sage et très-rationnelle en assimilant les officiers publics ou ministériels, c'est-à-dire les agents de change, les notaires, les avoués, les huissiers, aux personnes déjà comprises dans les dispositions de l'art. 408, c'est-à-dire, à ceux qui commettent le délit, étant placés dans la confiance de ceux qui sont victimes du détournement. Les officiers publics ou ministériels sont investis d'une confiance nécessaire, et les fonctions mêmes qu'ils remplissent justifient l'aggravation qui vous est proposée. L'honorable M. Millet voudrait au moins qu'une distinction fût faite quant au chiffre de la somme détournée. Mais ici nous sommes dans le droit commun ; il ne s'agit que d'un délit d'abus de confiance ; or, nulle part, dans le Code pénal, vous ne trouverez que la qualification du vol ou de l'abus de confiance se transforme et se modifie suivant que les sommes détournées se trouvent au-dessus ou au-dessous d'un chiffre déterminé. On doit ajouter que le fait ne sera considéré comme crime que lorsque l'officier ministériel l'aura commis à l'occasion de ses fonctions : c'est là la pensée manifeste de la loi. »

L'aggravation pénale attachée à la qualité d'officier public ou ministériel est l'œuvre de la jurisprudence. Les fonctions de ces officiers leur imposant une probité rigoureuse et la confiance des parties étant obligée, il avait paru à la Cour de cassation qu'ils étaient plus coupables et qu'il y avait lieu, par conséquent, d'admettre avec moins de difficulté à leur égard la constatation des éléments du délit. Nous avons relaté (n° 2296)

les arrêts qui ont consacré cette tendance et qui n'hésitent pas à déclarer que, de la part d'un notaire ou d'un huissier, désignés par leurs fonctions à la confiance publique, les faits doivent être qualifiés avec une plus grande sévérité.

2309. Nous avons déjà eu l'occasion d'examiner cette disposition, en nous occupant des vols domestiques [1].

Cette aggravation de la peine est fondée, en ce qui concerne les ouvriers, sur ce que les abus de confiance commis par des ouvriers sont plus graves que ceux qui sont commis par de simples mandataires. En effet, la confiance volontaire et limitée accordée à ces derniers par le mandant pour une opération déterminée, est différente de la confiance nécessaire et générale que le maître est obligé d'accorder à ses domestiques, à ses ouvriers, à ses commis. Cette confiance nécessaire l'expose à de plus graves périls, et elle produit entre ceux qu'il emploie et lui des rapports et des devoirs différents et plus étroits. Le délit peut donc, dans ce dernier cas, être considéré comme plus immoral et comme passible d'une peine plus élevée. Nous avons déjà fait remarquer que le législateur avait, par cette disposition nouvelle, d'une part, improuvé l'interprétation de la Cour de cassation, qui appliquait à l'abus de confiance commis par les domestiques, les commis et les ouvriers, l'art. 386, n° 3 du Code pénal, et, d'un autre côté, adopté la pénalité qui résultait de cette interprétation.

2310. Le deuxième paragraphe de l'art. 408 ne fait qu'ajouter une circonstance aggravante *à l'abus de confiance prévu et puni par le précédent paragraphe*. Il résulte de cette première disposition que les règles que nous avons posées s'appliquent aux deux paragraphes ; qu'ils ont pour objet le même fait, et que dès lors, dans les deux cas, l'abus de confiance doit présenter les mêmes caractères. La circonstance aggravante se puise uniquement dans la qualité de *domestique*, d'*homme de service à gages*, *élève*, *clerc*, *commis*, *ouvrier*, *compagnon ou apprenti*. Il est donc nécessaire que cette qualité soit reconnue au prévenu par le jury. Mais cette circonstance même n'est aggravante que dans un seul cas, lorsque l'abus de confiance

[1] V. *suprà*, n. 1972 et suiv.

a été commis au *préjudice du maître.* Ainsi le délit puise son aggravation, non dans la qualité elle-même, mais dans la violation du devoir que cette qualité fait naître vis-à-vis du maître seulement. Les distinctions établies par le n° 3 de l'article 386 ne peuvent donc être invoquées par analogie, car la loi a restreint l'aggravation, et ses termes ne peuvent être étendus.

Il suit de ce qui précède qu'il est indispensable de préciser dans les questions posées au jury au préjudice de qui l'abus a été commis, puisque l'aggravation ne frappe que l'abus commis au préjudice du maître ou patron [1]. Mais le délit est réputé commis au préjudice du maître, lors même que les sommes détournées, confiées par le maître au domestique pour payer des fournisseurs, avaient été détournées au préjudice de ceux-ci : « attendu que la loi a justement distingué entre la confiance volontaire et limitée que le mandant accorde au mandataire dont il est parlé au premier paragraphe de l'art. 408, et la confiance générale que le maître est obligé d'accorder au domestique; que cette confiance, nécessaire et forcée, établit entre eux des rapports différents et crée, à l'égard des domestiques, des devoirs plus étroits, dont la violation entraîne une répression plus sévère; que celui-ci représente le maître dans tout ce qui est relatif au genre de service auquel ce dernier l'emploie; que les sommes confiées aux mains du domestique sont réputées dans les mains et dans la possession du maître; que le domestique ne peut se les approprier et en frustrer son maître sans le priver par là de cette possession, et conséquemment sans les détourner à son préjudice [2]. » Toutefois ceci ne s'applique qu'aux domestiques et aux commis; or, pour connaître la véritable acception du mot commis, il faut le rapprocher des autres indications de l'art. 408, lesquelles supposent des rapports journaliers entre ces individus et le maître qui les emploie : celui qui est chargé de recevoir et de placer les marchandises qu'on lui envoie, qui peut avoir la même commission de plusieurs maisons différentes et qui fait des affaires pour

[1] Cass., 13 juill. 1854, Bull. n. 225.
[2] Cass., 28 janv. 1842, Bull. n. 18.

son propre compte, n'est pas un commis dans le sens de l'article[1].

2311. L'art. 408 porte un dernier paragraphe ainsi conçu : « Le tout sans préjudice de ce qui est dit aux art. 254, 255 et 256, relativement aux soustractions et enlèvements de deniers, effets ou pièces, commis dans les dépôts publics. » Le but de cette disposition est de restreindre les dispositions de l'art. 408 à la violation des dépôts privés. La violation des dépôts *publics* a été considérée par la loi comme un attentat contre la foi publique, et elle a dû être classée dès lors dans une autre catégorie de délits. Cette infraction a fait l'objet de la deuxième section de notre chapitre 37[2].

§ IV. — *De la soustraction des pièces produites dans une contestation judiciaire.*

2312. L'art. 409 est ainsi conçu : « Quiconque, après avoir produit, dans une contestation judiciaire, quelque titre, pièce ou mémoire, l'aura soustrait, de quelque manière que ce soit, sera puni d'une amende de 25 à 300 fr.; cette peine sera prononcée par le tribunal saisi de la contestation. »

Le but de cet article a été de maintenir la bonne foi dans les litiges. Les pièces produites dans les procès deviennent communes à toutes les parties qui sont en instance. C'est donc un acte de mauvaise foi, c'est une fraude coupable que de soustraire une de ces pièces. Mais est-ce là un abus de confiance? Le doute peut naître à cet égard. La loi ne prévoit point le *détournement*, mais la *soustraction* de la pièce, et même elle ajoute : *de quelque manière que ce soit.* Il est évident, d'ailleurs, que la loi n'a point voulu faire une condition du délit, que la soustraction soit opérée par le fait du dépositaire; ainsi, ce n'est point un abus de confiance, une violation d'un dépôt qu'elle a puni, c'est une soustraction frauduleuse, quels que soient les moyens employés pour la commettre, d'une pièce momentanément commune entre plusieurs parties.

[1] Cass., 3 juin 1841, Bull. n. 164.

[2] V. notre tome 3, n. 919 et suiv.

Il est vrai que l'art. 409 ne s'applique qu'à la partie *qui a produit* la pièce, et tel est sans doute le motif qui a fait classer cette fraude parmi les abus de confiance; mais après la production faite, il n'en est plus dépositaire, elle entre, au contraire, dans un dépôt public; son propriétaire aliène momentanément, et pendant son existence, ses droits sur cette pièce; elle appartient au procès. Son enlèvement par ce propriétaire est donc plutôt une soustraction, suivant les termes mêmes de la loi, qu'un abus de confiance,

2313. Il suit de là que l'art. 409 doit être considéré comme une disposition spéciale qu'il faut renfermer dans son texte. Ainsi, lorsque la soustraction a été commise, non point par la partie qui a produit la pièce, mais par l'autre partie, cet article cesse d'être applicable; car il caractérise, non pas la soustraction de la pièce en général, mais la soustraction de cette pièce commise par son producteur. A l'égard des autres parties, cette soustraction perd donc ses caractères, et devient passible des peines du vol.

La loi exige : 1° que la pièce ait été produite *dans une contestation judiciaire;* cette circonstance est un élément du délit et doit être constatée; si la production avait été faite dans une contestation administrative contentieuse, l'article serait applicable, parce que évidemment, aux yeux des parties, les débats contentieux devant un tribunal administratif ont le caractère de *contestation judiciaire;* 2° que la soustraction ait pour objet *quelque titre, pièce ou mémoire*. Quels que soient le titre, la pièce ou la mémoire, le délit existe; personne ne peut apprécier l'importance qu'une partie pourra plus tard attacher au plus petit morceau de papier produit par son adversaire; seulement les juges seront plus ou moins sévères, selon que le préjudice leur paraîtra plus ou moins grave.

L'article ajoute que la peine sera prononcée par le tribunal saisi de la contestation. Ainsi ce délit se trouve rangé dans la classe des délits commis à l'audience, que les art. 504 et 505 du Code d'instruction criminelle déclarent justiciables du juge devant lequel ils ont été commis.

CHAPITRE LXXVII.

CONTRAVENTIONS AUX RÈGLEMENTS SUR LES MAISONS DE JEU, LES LOTERIES ET LES MAISONS DE PRÊT SUR GAGES.

(*Commentaire des art.* 410 *et* 411 *du Code pénal.*)

2314. Le Code pénal a réuni dans une même section les contraventions aux règlements sur les *maisons de jeu*, les *loteries* et les *maisons de prêt sur gages*.

Ces infractions ont, en effet, entre elles une double analogie qui résulte du but qu'elles se proposent et de leur caractère propre.

Les maisons de jeu, de loterie et de prêt sur gages ont un même but ; c'est d'acquérir des bénéfices au détriment d'autrui, à l'aide de moyens immoraux et dangereux ; c'est d'exploiter, par l'appât de chances hasardeuses ou de faciles conditions, la crédulité ou les besoins des hommes. Les effets de ces établissements sont également les mêmes : ils détournent du travail, ils exaltent l'imagination, ils favorisent les mauvais penchants, entretiennent l'oisiveté par de honteuses ressources ou de folles espérances, et préparent la ruine de leurs adhérents. La loi a dû prendre, en conséquence, une disposition

identique à l'égard de ces différents établissements ; elle les frappe d'une commune prohibition.

Les infractions à cette prohibition ont ensuite les mêmes caractères, elles ne constituent que de simples contraventions matérielles. Le législateur a fait abstraction des circonstances morales qui peuvent les entourer. Il n'a vu, il n'a voulu saisir qu'un seul fait, l'établissement d'une maison de jeu, d'une loterie, d'une maison de prêt sur gages sans autorisation. Le seul établissement de ces maisons a paru présenter des périls qu'il fallait prévenir. Il n'est donc pas nécessaire que l'agent ait employé des moyens frauduleux ou se soit procuré des gains illicites ; il suffit qu'il ait créé un établissement prohibé, qu'il ait enfreint la défense légale, qu'il ait ouvert une maison qui, par sa nature, peut offrir des périls à la fortune des citoyens. Si, en outre, la maison de jeu, si la loterie ou la maison de prêt sur gages ont été un moyen de vol ou d'escroquerie, si l'agent s'en est fait un instrument pour se faire remettre et pour détourner les valeurs appartenant à autrui, il doit être poursuivi à raison du délit distinct que cette fraude constitue. L'établissement d'une maison prohibée et l'escroquerie commise à l'aide de cet établissement sont deux faits d'un ordre différent : le premier n'est qu'une infraction de police ; le second est un délit moral qui prend sa source dans la fraude, et qui est indépendant de la désobéissance matérielle à l'ordre de la loi.

Après ces observations préliminaires, nous allons examiner successivement chacune de ces infractions.

§ Ier. — *Contraventions aux règlements sur les maisons de jeu.*

2315. La distinction faite par la loi *entre les jeux de hasard* et les autres jeux remonte à la législation romaine.

Cette législation avait prévu deux espèces de jeux : les uns propres à exercer l'adresse et le courage, *in quibus ars dominatur ac de virtute certamen est* [1] ; Paul en cite quelques

[1] Voët, ad Pand., lib. 11, tit. 5, § 1.

exemples : *Si quis certet hastâ, vel pilo jaciendo, vel currendo, saliendo, luctando, pugnando, quod virtutis causâ fiat*[1]; les autres auxquels présidaient les chances du sort : *in quibus sors prædominat, qualis est alearum et similium et affinium*[2]. Ces derniers seuls étaient prohibés[3]. La constitution de Justinien prononçait la confiscation des sommes gagnées aux jeux, et des maisons qui avaient reçu les joueurs[4]. Déjà le préteur avait dénié toute action à ceux-ci, à raison des voies de fait dont ils avaient été victimes dans ces maisons[5].

Notre ancienne législation recueillit cette distinction, mais en aggravant les peines portées contre les infractions. Les jeux de hasard sont interdits, pour la première fois, par l'art. 35 de l'ordonnance de saint Louis, de décembre 1254 : *Prohibemus districtè ut nullus homo ludat ad taxillos, sive aleis, aut scassis; scholas autem deciorum prohibemus et prohiberi volumus omnino, et tenentes eas districtius puniantur.* Une ordonnance de Charles V, du 3 avril 1369, défend : « Tous jeux de dez, de tables, de palmes, de quilles, de palets, de boules, de billes, et tous autres telz jeux qui ne chéent point à exercer ne habiliter nos subjez à fait et usaigne d'armes, sur paines de quarante sols parisis, à appliquer à chacun, et pour chacune fois qu'il y en cherra. » Ces prohibitions furent souvent renouvelées. Une ordonnance de Louis XIII, du 15 janvier 1629, porte, art. 137 : Défendons à tous nos sujets de recevoir en leurs maisons les assemblées pour le jeu que l'on nomme académies ou brelans, ni prêter ou louer leurs maisons à cet effet ; déclarant dès à présent tous ceux qui y contreviendront et qui se prostitueront à un si pernicieux exercice, infâmes, intestables, et incapables de tenir jamais offices royaux ; enjoignons à tous nos juges de les bannir pour jamais des villes où ils seront convaincus d'avoir contrevenu au présent article. Voulons, en outre, que lesdites maisons soient confisquées sur le propriétaire, s'il est prouvé que ledit exercice y ait été fait six

[1] L. 2, Dig. de aleatoribus, t. 1, au Cod. eod. titulo.
[2] L. 3, Dig. de aleatoribus ; Voët, eod. tit., § 2.
[3] Const. Just. au Cod de aleatoribus ; l. 3 au Cod., eod. tit.
[4] L. 1 et 3, au Cod., eod. tit.
[5] L. 1, au Dig. de aleatoribus.

mois durant... » Un arrêt du conseil, du 15 janvier 1691, ajoute à ces peines ; il défend « de jouer aux jeux de boca ou pharaon, barbacolle et de la bassette, ni d'y donner à jouer chez eux, à peine, contre ceux qui auront joué aux susdits jeux, de mille livres d'amende, et contre ceux qui auront donné à jouer chez eux, de dix mille livres d'amende. » Enfin, la déclaration du 1er mars 1781 contenait les dispositions suivantes : « Art. 2. Sont réputés prohibés, outre les jeux de hasard, principalement tous les jeux dont les chances sont inégales, et qui prélèvent les avantages certains à l'une des parties au préjudice des autres. — Art. 5. Ceux qui seront convaincus d'avoir joué auxdits jeux prohibés seront condamnés, pour la première fois, savoir : ceux qui tiendront lesdits jeux, sous le titre de banquiers, en 3,000 livres d'amende chacun, et les joueurs, en 1,000 livres chacun... — Art. 7. En cas de récidive, l'amende sera du double [1]. »

2316. Cette législation a été abrogée par l'Assemblée constituante. La législation nouvelle n'en reproduisit que quelques dispositions, et en adoucit la rigueur : les simples joueurs ont cessé d'être l'objet d'aucune peine ; l'incrimination a été restreinte aux individus qui tiennent des maisons de jeux. L'art. 7 du titre 1er de la loi du 19-22 juillet 1791 porte bien, en général, que « les jeux de hasard où l'on admet soit le public, soit des affiliés, sont défendus. » Mais cette disposition n'a de sanction qu'en ce qui concerne : 1° les propriétaires des maisons où ces jeux sont ouverts (art. 7, titre 1er, l. 19-22 juill. 1791) ; 2° les individus qui dirigent les jeux (titre 2, art. 36, même loi). Les premiers sont passibles d'une amende de 300 fr., s'ils n'ont pas averti la police ; les autres, d'une amende de 1,000 fr. à 3,000 fr., et d'un emprisonnement qui ne peut excéder un an.

Ces dispositions furent renouvelées par le décret du 24 juin 1806. L'art. 1er prohibe les maisons de jeux de hasard dans

[1] V. aussi les ordonn. de juin 1532 ; mai 1539 ; 30 mai 1611 ; 18 avril 1741 ; 7 mai 1749 ; 29 nov. 1757 ; 12 déc. 1759 ; 21 avril 1765 ; et arr. du parl. des 8 juill. 1661 ; 16 sept. 1663 ; 28 nov. 1664 ; 16 déc. 1680 ; 8 fév. 1708 ; 1er juill. 1717 ; 21 mars 1722, etc.

l'étendue de l'empire. L'art. 2 prescrit au ministère public de poursuivre d'office, contre les contrevenants, l'application des peines portées par la loi du 19-22 juillet 1791. L'art. 3 ajoute que : « tout fonctionnaire public, soit civil, soit militaire, qui autorisera une maison de jeu, qui s'intéressera dans ses produits, ou qui, pour la favoriser, recevra quelques sommes d'argent ou autres présents de ceux qui la tiendront, sera poursuivi comme leur complice. » Enfin l'art. 4 autorise le ministre de la police à faire des règlements particuliers sur cette matière, pour les lieux où il existe des eaux minérales, pendant la saison des eaux seulement, et pour la ville de Paris. C'est en vertu de cette dernière disposition que plusieurs maisons de jeu avaient été établies, soit à Paris, soit ailleurs, avec l'autorisation du gouvernement, et nonobstant la prohibition légale.

Cette prohibition fut reproduite par l'art. 410 du Code pénal, qui porte que « ceux qui auront tenu une maison de jeux de hasard, et y auront admis le public, soit librement, soit sur la présentation des intéressés ou affiliés, les banquiers de cette maison..., seront punis d'un emprisonnement de deux mois au moins et de six mois au plus, et d'une amende de 100 fr. à 6,000 fr.

Il est indispensable de rapprocher de cet article l'art. 475, nº 5, du même Code, qui punit également, mais seulement d'une amende de 5 à 10 fr., « ceux qui auront établi ou tenu dans les rues, chemins, places ou lieux publics, des jeux de loterie ou d'autres jeux de hasard. »

2317. Ces nouvelles dispositions ne firent point obstacle à ce que le gouvernement continuât d'autoriser, dans quelques grandes villes, plusieurs maisons de jeu, en se fondant sur l'art. 4 du décret du 24 juin 1806. L'exploitation de ces maisons fut même régularisée à Paris : une ordonnance du 5 août 1818, relative à cette ville, lui concéda le privilége d'y établir des maisons de jeux, et d'en toucher les produits. L'art. 8 de la loi du 19 juillet 1820 confirma ce privilége, mais en prescrivant l'inscription des recettes au budget. Ce n'est qu'après plusieurs années que le législateur, cédant aux exigences de la morale, au vœu de l'opinion publique qui réclamait hautement la

suppression de ces établissements, consentit à rayer du budget des recettes les sommes qui se puisaient à cette source impure. L'art. 10 de la loi du 14 juillet 1836 porte : « A dater du 1er janvier 1838, les jeux publics sont prohibés. » Ainsi a cessé l'exception que le décret du 24 juin 1806 avait introduite en faveur des maisons autorisées par le gouvernement : les dispositions de l'art. 410, déjà générales dans leurs termes, sont absolues dans leur application.

2318. Cet article énonce en termes très-explicites la contravention qu'il a voulu punir : c'est le fait d'avoir *tenu une maison de jeux de hasard.* Ainsi, d'abord, se trouvent écartés de l'incrimination tous ceux qui n'ont fait que participer au jeu ; ce n'est pas le jeu que la loi punit, ce n'est pas la part prise à ce jeu, c'est l'établissement d'une maison destinée à son exploitation, c'est le moyen, c'est l'instrument qui peut servir à l'escroquerie, indépendamment même de cette escroquerie.

Mais que faut-il entendre par tenir *une maison de jeu* ? Les caractères distinctifs d'un tel établissement sont décrits par l'art. 410. Cet article suppose, en effet, une maison de jeux de hasard, un établissement spécial ; il veut que le public y soit admis, soit librement, soit sur la présentation des affiliés ; il prévoit l'existence de banquiers, d'administrateurs, de préposés, d'agents, d'intéressés ; il suppose enfin que l'établissement est pourvu d'instruments, d'ustensiles, d'appareils employés au service des jeux, de meubles et d'effets mobiliers destinés à garnir la maison ou à la décorer. Tel est l'ensemble de circonstances qui compose un établissement prohibé tel que la loi l'a prévu. Toutefois ces différents éléments ne sont pas tous également essentiels à son existence.

La loi, en effet, a dû prévoir que la maison serait desservie par des banquiers, des administrateurs, des préposés et des agents ; elle a du prévoir que cette maison serait meublée ; et cette prévoyance peut servir à donner l'idée de l'espèce d'établissement qu'elle a eue en vue ; mais elle n'a point attaché à ces circonstances accessoires l'existence de la contravention. Les véritables caractères de cette contravention sont l'admission du public et l'ouverture des jeux de hasard.

Si le public n'est point admis dans la maison, il n'y a plus

de maison de jeu prohibée. Les citoyens, en effet, sont libres de se livrer dans leur domicile à toutes sortes de jeu, pourvu qu'ils en restreignent l'usage dans le cercle de la famille et de leurs relations privées : l'autorité publique n'a point de surveillance à exercer sur le foyer domestique, et les jeux n'ont de véritables périls que lorsqu'ils deviennent un moyen de spéculation. La prohibition n'intervient donc que lorsque la maison prend clandestinement le caractère d'une maison publique, lorsqu'elle exploite, dans l'intérêt de celui qui la tient, les jeux de hasard, lorsqu'elle s'ouvre à tous ceux que la passion du jeu ou la cupidité y conduit. C'est cette admission du public, soit librement, soit sur présentation, qui distingue l'établissement clandestin et prohibé, parce que c'est alors que la spéculation s'exerce. C'est donc là une condition essentielle de l'infraction.

2319. Cette distinction entre les circonstances essentielles et les circonstances accessoires du délit a été confirmée par la jurisprudence. Un arrêt, dans une espèce où l'application de l'art. 410 avait été écartée, par le motif que la maison de jeu incriminée n'avait ni administrateur ni préposés, a été cassé : « attendu que, dans le but manifeste d'atteindre tout à la fois les auteurs du délit et ceux qui y auraient participé par une coopération plus ou moins directe, l'art. 410 soumet à la même pénalité et ceux qui auront tenu une maison de jeux de hasard et y auront admis le public, soit librement, soit sur la présentation des intéressés ou affiliés, et les banquiers de cette maison ; que l'emploi de banquier, administrateur, agent ou préposé de ces maisons et établissements étant déterminé par l'étendue de leurs opérations, cette circonstance ne saurait être considérée comme une condition de l'existence du délit, lequel se constitue par le seul fait d'avoir tenu une maison de jeu et de hasard ouverte au public ; que cela résulte évidemment de l'esprit et du texte de l'article précité [1]. » Un autre arrêt décide qu'un cercle même autorisé peut donner lieu à l'application de l'art. 410, « attendu que l'autorité administrative, en donnant son approbation au règlement de ce cercle,

[1] Cass., 19 fév. 1846, Bull. n. 52 ; 3 mai 1844, Bull. n. 159.

n'a pu ni voulu restreindre les dispositions de la loi pénale et autoriser les affiliés du cercle à en éluder les dispositions par l'introduction des étrangers ou du public ; que les agrégés du cercle dont l'admission est autorisée à un nombre *illimité* peuvent être considérés comme y formant le public défini par l'article 410, puisqu'ils ne sont pas, comme les sociétaires, admis au scrutin et n'y ont pas voix délibérative [1]. »

2320. Cependant il faut distinguer si les jeux sont établis dans une maison spécialement destinée à leur exploitation, ou s'ils sont établis dans les *rues, chemins, places et lieux publics.* L'art. 475, n° 5, ne prononce, dans ce dernier cas, qu'une amende de 6 à 10 fr.

La raison de cette différence est que les maisons particulières ne sont pas sujettes à la surveillance de la police, tandis qu'elle peut exercer une continuelle autorité sur les lieux publics ; il s'ensuit que les jeux auxquels on se livre dans ces lieux ne présentent pas les mêmes dangers. Par *lieux publics*, il faut entendre les cabarets, les cafés ; car autrement, quel serait le sens de ces mots placés après l'énumération des *places*, des *rues* et des *chemins ?* Et puis les cafés et les cabarets sont soumis, à raison même de leur caractère de lieux publics, à l'inspection de l'autorité ; elle est avertie de l'infraction ; cette infraction ne peut donc être grave, et dès lors la répression doit être moins sévère. La Cour de cassation a confirmé cette interprétation dans une espèce où le prévenu avait donné à jouer dans son cabaret ; la Cour n'a vu dans ce fait que la contravention prévue par l'art. 475, n° 5 : « attendu que l'art. 410 concerne exclusivement l'établissement et la tenue des maisons de jeux de hasard, et ayant des administrateurs, préposés ou agents ; que le fait dont il s'agit dans l'espèce ne constitue donc que la contravention prévue par le n° 5 de l'art. 475 du même Code, puisque les mots *lieux publics* doivent s'entendre, dans sa disposition comme dans le n° 3 de l'art. 3, titre 11 de la loi du 16-24 août 1790, non-seulement des voies publiques en général, mais encore de tous les établissements et de tous les lieux qui sont publics, et, par conséquent, des auberges,

[1] Cass., 24 nov. 1855, Bull. n. 371.

cafés, cabarets, aussi bien que des rues et chemins[1]. »

2321. Cependant, si le café ou le cabaret ne servait qu'à masquer la maison de jeu, le délit ne pourrait être effacé par le seul fait de la publicité du lieu. C'est ainsi que le pourvoi d'un limonadier, condamné pour avoir tenu une maison de jeu, a été rejeté : « attendu qu'il résulte de l'arrêt attaqué que le prévenu, limonadier à Toulouse, avait ouvert un salon où l'on jouait habituellement à l'écarté; qu'il y est constaté notamment que les cartes étaient tenues par un très-petit nombre de personnes qui étaient toujours les mêmes, et que de nombreux jeunes gens, la plupart mineurs, venaient y risquer des sommes considérables dans des mises engagées sur des parties dont ils ne connaissaient pas même les joueurs, et les livraient ainsi à toutes les chances de véritables paris[2]. » Un autre arrêt va plus loin et déclare : « que la disposition de l'art. 410 est générale et absolue, et qu'on n'y trouve rien dont on puisse inférer, soit qu'elle exclut les établissements ayant le caractère de lieu public, soit qu'elle est inapplicable aux aubergistes, cabaretiers ou cafetiers qui tiendraient une maison de jeu de hasard ; que l'art. 475, n° 5, n'a point dérogé à la généralité des dispositions de l'art. 410 à l'égard des maisons de jeu établies dans les auberges, cafés ou cabarets ; qu'il a pour objet d'atteindre tout jeu de hasard qui, tenu d'une manière passagère ou accidentelle, ne pourrait, par ces motifs, être considéré comme constituant l'établissement d'une maison de jeu, lorsque d'ailleurs il est tenu dans un lieu public[3]. »

L'art. 410 s'applique donc à toutes les maisons clandestinement ouvertes aux jeux de hasard, et qui peuvent échapper à la surveillance de la police, soit qu'elles soient tenues dans des maisons privées ou dans des maisons ouvertes au public. Il n'importe, du reste, que l'ouverture de ces maisons ait été temporaire ou permanente ; car, ainsi que l'a reconnu la Cour de cassation, « la disposition de cet article est générale contre

[1] Cass., 14 nov. 1840, Journ. du dr. crim., 1841, p. 29, et Cass., 26 mars 1813, J.P.11.238 ; 3 juin 1848, Bull. n. 170.

[2] Cass., 3 juill. 1852, Bull. n. 226.

[3] Cass., 1er août 1861, Bull. n. 169.

ceux qui ont tenu une maison de jeux de hasard ouverte au public; elle ne fixe, dans son application, aucune durée de temps, aucun renouvellement de fait; cette application doit donc être faite pour le seul fait d'avoir tenu ladite maison, et les prévenus ne pourraient s'y soustraire parce qu'ils ne l'auraient pas tenue d'une manière permanente [1]. »

2322. Le deuxième élément constitutif de la contravention résulte de la nature du jeu : il faut que ce jeu soit rangé parmi les *jeux de hasard*. La loi romaine ne reconnaissait que deux sortes de jeux : elle n'autorisait que ceux qui consistaient dans des exercices du corps; tous les autres étaient prohibés : *Ex aliis, ubi pro virtute certamen non fit, non licet* [2]. Notre ancienne législation, moins absolue, ne prohibait que les *jeux de hasard ;* elle tolérait, par conséquent, et les jeux d'adresse et les jeux dits *de commerce*. La loi nouvelle a conservé cette distinction ; l'article 1996 du Code civil autorise formellement les jeux propres à exercer au fait des armes, les courses à pied et à cheval, les courses de chariot, le jeu de paume, et autres jeux de même nature qui tiennent à l'adresse et à l'exercice du corps. L'article 410 du Code pénal ne prohibe que les *jeux de hasard ;* et ces jeux sont évidemment ceux où le hasard seul préside : tels étaient sous l'ancienne législation, et tels seraient encore le pharaon et la roulette; tel est aussi le jeu de bouillotte. Mais à côté de ces jeux sont ceux qui exigent une certaine opération de l'esprit, indépendamment des chances du sort, et dans lesquels les combinaisons peuvent, jusqu'à un certain point, maîtriser le succès : par exemple, les jeux du billard, du piquet, etc.; ceux-là ne sauraient être compris dans la disposition de la loi, car leur résultat dépend du calcul plus que du hasard. Il a été reconnu, conformément à cette distinction, « que le jeu de piquet ne peut être assimilé à un jeu de hasard [3] ; » qu'il en est de même du jeu *le bézi* [4] ; — et du jeu de cartes appelé *la mouche*, qui exige de la part des joueurs de l'habileté et cer-

[1] Cass., 1er avril 1819, Devill. et Car., 6.52 ; J.P.15.200.
[2] L. 3, au Dig. de aleatoribus.
[3] Cass., 28 mai 1841, Bull. n. 163 ; 8 janv. 1857, Bull. n. 10.
[4] Cass., 2 avril 1853, Bull. n. 122.

taines combinaisons [1]; et des jeux d'adresse, comme le jeu de quilles [2] et le billard [3].

2323. Nous avons fait observer, au commencement de ce chapitre, qu'il s'agissait d'une contravention matérielle, et non d'un délit moral; il suit de là, d'abord, que l'art. 410 et l'article 475 sont applicables dans le cas même où le jeu n'a été l'occasion ni l'objet d'aucune escroquerie; c'est l'infraction à la prohibition qui constitue la contravention et non la fraude [4]. Il suit encore de la même règle que la modicité des sommes risquées au jeu ne serait pas un motif de dispenser des peines légales [5]. La peine serait encourue, lors même que la contravention aurait eu pour objet de fournir une somme à un infortuné, de donner des secours au malheur [6]. Ainsi, dans une espèce où chaque mise, lors même qu'elle ne gagnait pas, avait droit à un objet de sucrerie, il a été jugé que la loi était applicable, « attendu que la loi a prohibé toute espèce de jeux de hasard et n'a pas distingué entre ceux où l'enjeu serait de l'argent ou des objets d'une autre nature, et n'a pas davantage distingué entre ceux où le hasard conduirait à une perte complète de l'enjeu ou ne ferait recevoir en échange qu'un objet que le sort seul devait indiquer; que, dans tous les cas, c'est le hasard qui, en définitive, détermine ce que le joueur doit recevoir en retour de sa mise, et que le jeu qui produit un semblable résultat doit être classé parmi ceux prohibés par la loi [7]. » Il faut ajouter que, dans la poursuite de ce délit, les jugements qui prononcent le renvoi des prévenus doivent nécessairement énoncer les motifs du renvoi, si les faits n'existent pas ou ne constituent pas le délit [8].

2324. Les caractères de l'infraction ainsi reconnus, nous devons examiner contre quelles personne les poursuites peuvent

[1] Cass., 18 fév. 1858, Bull. n. 54.
[2] Cass., 16 mai 1855, Bull. n. 182.
[3] Cass., 9 nov. 1856, Bull. n. 226.
[4] Cass., 15 nov. 1839, Journ. du dr. crim., 1840, p. 215.
[5] Cass., 5 oct. 1810, Bourguig., t. 3, p. 461.
[6] Cass., 26 mars 1813, Devill. et Car., 4.311 ; J.P.11.238.
[7] Cass., 2 août 1855, Bull. n. 270.
[8] Cass., 20 janv. 1855, Bull. n. 18 ; 21 juin 1856, Bull. n. 221.

être dirigées. La loi incrimine, en première ligne, *ceux qui ont tenu* la maison de jeu. Elle ne recherche donc point, à la différence de ce qu'elle a fait à l'égard des loteries et des maisons de prêt sur gages, ceux qui l'ont *établie.* Il faut une direction active pour motiver la responsabilité pénale; cela résulte formellement du texte de la loi. Le projet de l'art. 410 portait : *ceux qui auront établi et tenu une maison de jeu.* La commission du corps législatif fit remarquer « que, puisque l'*établissement* d'une maison de jeu n'est pas suffisant pour constituer un délit, et qu'il faut en même temps que cette maison ait été *établie et tenue*, il suffisait de dire : *ceux qui ont tenu une maison de jeu.* » Cet amendement, adopté par le conseil d'État, ne laisse aucun doute sur le sens de l'article. La loi assimile ensuite à ces directeurs les *banquiers* de la maison : on comprend sous cette dénomination les agents qui dirigent et tiennent le jeu. La Cour de cassation a jugé, avec raison, que celui qui n'est ni agent, ni associé, ni intéressé pour une part quelconque dans la maison, et qui n'a reçu le titre de banquier que parce que, au jeu dont il s'agissait, les joueurs étaient alternativement appelés à diriger et à tenir le jeu, que cet individu, n'étant qu'un simple joueur, échappait aux peines de l'art. 410[1]. Mais la personne qui a réellement rempli les fonctions de banquier est responsable, lors même qu'elle ne les aurait remplies que transitoirement et pendant un certain temps; car c'est le fait de l'exercice de la fonction, et non la permanence de cette fonction, qui constitue la contravention[2]. La construction grammaticale de l'art. 410 a fait naître la question de savoir si les administrateurs, agents et préposés des maisons de jeu étaient compris dans l'incrimination. Cet article, en effet, ne les désigne qu'après avoir parlé des loteries, et l'on a induit de là qu'il n'a voulu désigner que les agents de ces derniers établissements : cette interprétation nous semblerait difficile à admettre. Si l'article désigne les banquiers des maisons de jeu avant d'énoncer les loteries, c'est que les loteries n'ont pas de

[1] Cass., 2 juin 1838, Journ. du dr. crim., 1838, p. 61 ; 17 nov. 1849. Bull. n. 313.

[2] Cass., 2 avril 1819, J.P.15.200.

banquiers ; et s'il a fait suivre l'énonciation des loteries de l'énumération des différents agents qui peuvent être compris dans la poursuite, c'est que ces agents peuvent être attachés aux loteries comme aux maisons de jeux, et qu'il est inutile de faire deux fois cette énumération. Il n'existe d'ailleurs aucun motif pour rendre responsables les employés des loteries, et décharger de cette responsabilité les employés des jeux. La Cour de cassation a confirmé cette opinion, en jugeant « que l'art. 410, après avoir énuméré, comme devant être punis des peines qu'il détermine, ceux qui auront tenu une maison de jeux de hasard, les banquiers de cette maison, ceux qui auront établi ou tenu des loteries non autorisées par la loi, y soumet encore tous administrateurs, préposés ou agents de ces établissements ; qu'il n'y a aucune raison de considérer ces dernières expressions comme se référant seulement aux loteries ; que les maisons de jeux de hasard et les loteries non autorisées sont des établissements de même nature, qu'ils sont compris dans la même disposition pénale, et qu'on ne pourrait faire quelque distinction entre eux relativement aux individus qui doivent être punis pour y avoir pris part, qu'autant que le texte de la loi le déciderait expressément, ce qui ne résulte nullement de la rédaction dudit article[1]. »

2325. Les peines pour ceux qui ont tenu une maison *de jeu*, *pour les banquiers*, les administrateurs, préposés ou agents de cette maison, sont un emprisonnement de deux mois au moins et de six mois au plus, et une amende de cent francs à six mille francs : la loi n'a fait aucune distinction entre ces diverses classes de contrevenants. L'art. 410 ajoute : « Les coupables pourront être, de plus, à compter du jour où ils auront subi leur peine, interdits, pendant cinq ans au moins et dix ans au plus, des droits mentionnés en l'art. 42 du présent Code. » Cette interdiction, qui n'est que facultative, doit être réservée pour les cas où la contravention révèle dans son auteur des habitudes perverses et paraît entacher sa probité.

2326. L'art. 410 renferme un dernier paragraphe ainsi conçu : « Dans tous les cas, seront confisqués tous les fonds ou

[1] Cass., 25 mai 1838, Devill. et Car., 38.1.552.

effets qui seront trouvés exposés au jeu ou mis en loterie, les meubles, instruments, ustensiles, appareils employés ou destinés au service des jeux ou des loteries, les meubles et les effets mobiliers dont les lieux seront garnis ou décorés. »

Que doit-on entendre par *les fonds ou effets qui seront exposés au jeu?* Cette question a été soulevée dans une espèce où les tables de jeu d'une maison clandestine se trouvèrent dégarnies au moment où la police y pénétrait, tandis que les employés des jeux se trouvèrent nantis de sommes considérables. Ces sommes pouvaient être considérées comme exposées au jeu. Le tribunal correctionnel ne l'a pas pensé, et n'en prononça pas, par conséquent, la confiscation. La Cour d'appel a réformé cette décision : « attendu qu'en cas d'établissement d'une maison de jeu clandestine, il y a lieu à confiscation non-seulement des fonds exposés au jeu, mais encore des *choses destinées à commettre le délit*, et que les valeurs saisies appartiennent à la société qui exploitait la maison de jeu, et qu'elles étaient soit exposées au jeu lors de l'entrée du commissaire de police dans l'appartement, soit destinées à répondre aux enjeux ultérieurs des joueurs, et par conséquent à consommer le délit. » La Cour de cassation a rejeté le pourvoi formé contre cet arrêt : « attendu que la confiscation des fonds *trouvés exposés au jeu* ne doit pas être restreinte aux sommes d'argent trouvées et saisies sur la table de jeu; qu'une telle interprétation rendrait presque toujours impossible l'application de cette peine; que si le joueur trouvé dans une maison de jeu peut soutenir qu'il n'y a d'exposé au jeu, de sa part, que l'enjeu actuel, parce que rien ne prouve qu'il veuille courir de nouvelles chances, il n'en est pas de même de ceux qui tiennent cette maison, dont la spéculation illicite consiste précisément à tenir les diverses sommes que les joueurs voudront exposer successivement au hasard de la partie [1]. »

Cette décision est faiblement motivée en droit. D'une part, on ne peut assimiler les sommes trouvées dans les mains des employés *à des appareils destinés au service des jeux ;* car,

[1] Cass., 25 mai 1838, Devill. et Car., 38.1.552; Journ. du dr. crim., 38, p. 159.

quand la loi a voulu parler de sommes d'argent, elle s'est servie de ce terme, et toutes les expressions de la loi pénale doivent être restreintes dans leur sens propre. D'un autre côté, la loi n'ordonne la confiscation que des sommes trouvées sur des tables de jeu ; celles trouvées sur les préposés ne sont pas actuellement exposées au jeu, et ne tombent pas dès lors sous le coup de la confiscation. Mais, au fond, les juges n'ont voulu établir qu'une présomption de fait ; il leur a paru que les agents avaient dû recéler précipitamment les fonds exposés au jeu au moment où le flagrant délit avait été constaté. Cette considération de fait aurait suffi pour justifier la décision, et il eût été préférable de l'énoncer nettement, plutôt que de poser une règle assez contestable.

La confiscation s'étend jusqu'aux *meubles et aux effets mobiliers dont les lieux sont garnis ou décorés.* La commission du Corps législatif avait proposé la suppression de cette disposition. « Il arrive souvent, portait son rapport, que ceux qui tiennent la maison de jeu ne sont pas propriétaires de ces derniers objets. Un marchand, un tapissier, un loueur de meubles, peuvent les avoir vendus ou loués à un individu, sans savoir la destination de l'appartement ; et par l'insolvabilité ou la fuite de ceux qui donnent à jouer, ils seraient victimes d'un fait qu'ils n'ont point connu. Il en pourrait être de même du propriétaire de la maison, qui serait ainsi privé des glaces et autres objets qui servent à la décoration de l'appartement. » Le Conseil d'État n'adopta pas cet amendement. Il lui parut que les meubles devaient, ainsi que les ustensiles du jeu et les effets qui y sont exposés, être considérés comme des instruments de la contravention. Quant aux tiers, ils doivent s'imputer leur imprudence, et ils conservent un recours contre qui de droit.

2327. Cette peine de la confiscation a été appliquée avec sévérité par la jurisprudence. Un arrêt décide qu'elle doit être étendue aux jeux de hasard établis dans les cabarets, « attendu que, de la combinaison des art. 410, 475, nº 5, et 477, il résulte que la confiscation des objets qui ont servi à commettre le délit ou la contravention a été admise comme principe de pénalité en matière de loteries non autorisées et de jeux de hasard ; que

l'art. 475, n° 5, en prohibant les jeux de loterie et autres jeux de hasard dans les rues, chemins, places et lieux publics, comprend non-seulement ceux qui ont été établis sur la voie publique, mais encore ceux qui ont été tenus dans les établissements publics, tels que cafés, cabarets et autres lieux de la même nature; que si l'art. 477, qui applique aux cas prévus par l'art. 475 le principe de la confiscation, n'indique que les jeux de hasard tenus dans les rues, chemins et voies publics, il se réfère néanmoins, par son texte comme par son esprit, aux dispositions de l'art. 475, et rend ainsi cette pénalité applicable à tous les cas de contravention aux dispositions du § 5 [1]. » Un autre arrêt ajoute : « qu'il n'est pas nécessaire que la peine d'emprisonnement soit susceptible d'être appliquée pour que le tribunal doive se conformer au texte impératif de l'art. 477, en prononçant la confiscation qu'il exige; que celle-ci est une peine spéciale qui provient du caractère particulier de la contravention, et qui s'y trouve inséparablement attachée dans un but d'intérêt général et d'ordre public; qu'il suit de là que le droit accordé au juge de modérer l'amende, lorsqu'il déclare l'existence de circonstances atténuantes, n'implique nullement celui de ne pas ordonner la confiscation, puisque le législateur l'a prescrite afin d'empêcher le renouvellement du fait [2]. »

§ II. — *Contraventions aux lois et règlements sur les loteries.*

2328. Les loteries commencèrent à s'introduire en France vers la fin du xve siècle, pendant les guerres de Naples. Les Français, qui avaient emprunté ce jeu à l'Italie, s'y adonnèrent avec passion. François Ier, voyant avec inquiétude des sommes considérables s'écouler en pays étranger, prit le parti d'instituer lui-même un établissement de ce genre; l'édit du 21 mai 1539 déclare que son but est d'établir *une banque* semblable à celles qui existaient à Venise, à Florence et à Gênes. Cette institution n'eut qu'une durée momentanée; mais elle

[1] Cass., 12 nov. 1852, Bull. n. 366.
[2] Cass., 7 juill. 1854, Bull. n. 218.

fut renouvelée plusieurs fois, nonobstant l'opposition constante des parlements.

Louis XIV, par une ordonnance du 14 mars 1687, défend de faire aucune loterie, sous quelque prétexte que ce soit. Mais un arrêt du conseil du 11 mai 1700, qui prouve l'inexécution de l'ordonnance, déclare que « le roi, ayant remarqué l'inclination naturelle de la part de ses sujets à mettre de l'argent aux loteries particulières, à celles que quelques communautés ont eu la permission de faire pour l'entretien et le soulagement des pauvres, même à celles qui se font dans les pays étrangers, et désirant leur procurer un moyen commode et agréable de se faire un revenu sûr et considérable pour le reste de leur vie, en donnant au hasard des sommes si légères qu'elles ne puissent leur causer aucune incommodité, il est ouvert une loterie royale composée de quatre cent mille billets de deux louis d'or chacun. » Cet établissement fut insuffisant. Un arrêt du conseil du 30 juin 1776 porte création d'une nouvelle loterie, en s'appuyant « sur ce que les diffférentes loteries établies jusqu'à présent dans le royaume n'auraient pu empêcher les Français de porter leurs fonds dans les pays étrangers, pour y courir les hasards et tenter fortune dans le jeu des loteries qui y existent; que la loterie que Sa Majesté avait concédée, quoique présentant au public un jeu semblable à celles de Rome, Gênes, Venise, Milan, Naples et Vienne, n'avait pas arrêté ce versement de l'argent du royaume dans d'autres loteries étrangères, duquel il résulte un préjudice sensible pour l'État, et qui mérite d'autant plus l'attention de Sa Majesté, que le montant, d'après des informations certaines, forme un objet considérable, et qu'il ne pourrait qu'augmenter, à l'avenir, par les différentes chances que les Etats voisins cherchent à mettre dans ces sortes de jeux; elle aurait jugé que, la prohibition ne pouvant être employée contre les inconvénients de cette nature, il ne pouvait y avoir d'autre remède que de procurer à ses sujets une nouvelle loterie dont les différents jeux, en leur présentant les hasards qu'ils veulent chercher, soient capables de satisfaire leur goût. »

Un arrêt du conseil du 20 septembre 1776 ordonnait en même temps « qu'il ne pourra être publié et affiché aucune

loterie dans le royaume, de quelque nature qu'elle soit, ni distribué aucuns billets, sans que lesdites loteries soient autorisées par Sa Majesté; fait défense à tous négociants, marchands, banquiers, et à toutes personnes, de quelque qualité et condition qu'elles soient, de se charger de la distribution d'aucuns billets de loteries étrangères ou autres qui n'auraient pas été autorisées par Sa Majesté, à peine de restitution des sommes reçues pour les billets distribués, de trois mille livres d'amende, et de plus grande peine, si le cas y échoit. » Enfin un arrêt du conseil du 31 décembre 1776 régularise le monopole de la loterie royale, et assure la distribution et le colportage de ses billets.

Ainsi, sous cette législation, le principe de la matière était qu'aucune loterie ne pouvait exister qu'avec la permission du roi; et ce principe frappait également les loteries particulières et les loteries étrangères. Toute infraction à cette défense constituait une contravention.

2329. Cet état de choses fut d'abord maintenu par la convention. Un décret du 28 vendémiaire an II conserve la loterie de France, et ajoute que « les bureaux de loteries particulières, sous quelque dénomination qu'elles soient établies, sont supprimés; et ceux qui contreviendront au présent décret seront poursuivis par-devant les tribunaux de police municipale, condamnés à la restitution des sommes reçues pour les billets distribués, en trois mille livres d'amende, et traités comme gens suspects. » Un mois plus tard, un député demanda l'abolition de la loterie : « C'était, disait-il, un fléau inventé par le despotisme pour faire taire le peuple sur sa misère, en le leurrant d'une espérance qui aggravait sa calamité. » Un décret du 25 brumaire an II accueillit ce vœu, et déclara : « Les loteries de quelque nature qu'elles soient, et sous quelque dénomination qu'elles existent, sont supprimées. »

Le directoire fut amené, par la pénurie des finances, à rétablir cette institution. L'art. 90 de la loi du 9 vendémiaire an VI porte que « la ci-devant loterie nationale de France est rétablie sur les bases et combinaisons qu'elle avait à l'époque de sa suppression. » L'art. 91 ajoute que « tout établissement de loterie particulière ou étrangère est prohibé »; et l'art. 92 déclare que

« les individus qui se permettront de recevoir pour des loteries étrangères seront condamnés, pour la première fois, en une amende de trois mille francs, et la seconde, outre l'amende, en six mois de détention. » La loi du 3 frimaire an VI étendit la prohibition aux agences établies pour faire des ventes par forme de loterie; elle dispose que « toutes agences établies pour vendre par forme de loterie, soit avec mélange ou sans mélange de lots ou primes en argent, des effets mobiliers ou immobiliers, de quelque nature qu'ils puissent être, sont dans le cas de la prohibition prononcée par l'art. 91 de la loi du 9 vendémiaire. » Enfin, l'art. 4 de la loi du 9 germinal an VI est ainsi conçu : « Quiconque sera convaincu d'avoir reçu ou tenu la banque pour les loteries étrangères ou particulières, prêté ou loué un local pour le tirage desdites loteries, sera condamné en un emprisonnement qui ne pourra excéder six mois et en six mille francs d'amende, pour la première fois; et en cas de récidive, il sera condamné en deux années d'emprisonnement, et l'amende sera doublée : le tout indépendamment de la saisie des billets, registres et fonds qui se trouveront soit chez le receveur, soit chez le banquier. »

2330. Telles étaient les dispositions de la matière à l'époque de la promulgation du Code pénal. L'art. 410, sans reprendre ces dispositions, s'est borné à déclarer que « tous ceux qui auront établi ou tenu des loteries non autorisées par la loi, tous administrateurs, préposés ou agents de ces établissements, seront punis d'un emprisonnement de deux mois au moins et de six mois au plus, et d'une amende de 100 francs à 6,000 francs. » Les §§ 2 et 3 du même article prononcent, ainsi que nous l'avons déjà vu à l'égard des maisons de jeu, l'interdiction facultative des droits civiques du prévenu, et la confiscation des ustensiles, appareils et meubles des loteries. L'art. 2 du décret du 25 septembre 1813 a ajouté, en reproduisant l'art. 10 de la loi du 9 germinal an VI : « Tout jugement qui sera rendu en exécution de l'art. 410 du Code pénal, concernant les loteries clandestines, sera affiché aux frais des auteurs du délit. »

Cet article, de même que la législation antérieure, ne punit que les loteries *non autorisées par la loi*. Cette distinction n'existe plus. La loi du 22 février 1829 avait fait un premier

pas vers l'extinction de la loterie royale, en supprimant les bureaux dans vingt-huit départements, et en élevant le taux des mises; l'art. 48 de la loi du 21 avril 1832 a achevé cette suppression, en déclarant que la loterie cesserait d'exister le 1er janvier 1836.

2331. Cette abolition a fait naître une foule de loteries particulières et d'entreprises qui, avec des combinaisons diverses, offraient les caractères et les inconvénients des loteries, et avaient pour but de spéculer sur la crédulité et l'avidité du public, et de perpétuer d'immorales habitudes que le législateur avait voulu tarir. L'art. 410, restreint dans ses termes et dans ses prévisions, était évidemment insuffisant pour réprimer ces dangereuses spéculations. Alors deux questions se sont présentées : la première, de savoir si la législation antérieure au Code pénal était encore en vigueur; la seconde, si cette législation, même en la supposant applicable, pouvait suffire à protéger la société.

La force obligatoire des lois des 9 vendémiaire an VI, 3 frimaire an VI, et 9 germinal an VI, ne semblait pas douteuse, même depuis la promulgation de l'art. 410, au moins dans les dispositions que cet article n'a pas reproduites. En effet, un avis du conseil d'Etat, approuvé le 8 février 1812, porte « qu'on ne peut pas regarder comme *réglées* par le Code pénal de 1810, dans le sens attaché à ce mot, les matières relativement auxquelles le Code ne renferme que quelques dispositions éparses, détachées, et ne renfermant pas un système complet de législation; et que c'est par cette raison que subsistent encore, quoique non renouvelées par le Code pénal de 1810, toutes celles des dispositions de lois et règlements antérieurs à ce Code qui sont relatives à la police rurale et forestière, aux maisons de jeu, *aux loteries non autorisées par la loi.* » Ensuite, la loi du 23 juillet 1820 a disposé spécialement que « la loi du 9 germinal an VI, sur la loterie, continuera d'être exécutée selon sa forme et teneur. »

Mais, bien que ces lois, réunies et combinées avec l'art. 410, formassent un corps de législation à peu près complet, leurs dispositions ont paru insuffisantes aux tribunaux, et par suite au législateur. Une loi nouvelle, la loi du 21 mai 1836, est in-

tervenue avec le but d'expliquer, de fortifier et d'étendre l'article 410. Nous allons parcourir les différents articles de cette loi, en les coordonnant avec le Code et les lois antérieures.

2332. L'art. 1er, qui consacre le principe de la loi, est ainsi conçu : « Les loteries de toute espèce sont prohibées. » Jusque-là, et dans l'art. 410 lui-même, la prohibition des loteries n'était que relative ; la loterie était admise comme un fait licite ; l'Etat l'exploitait à son profit, et la prohibition ne portait que sur les loteries particulières : elle n'avait qu'un but, celui de protéger le monopole de l'Etat ; dès lors les infractions à ces prohibitions n'étaient considérées que comme des contraventions matérielles ; la loterie illicite était une fraude envers le fisc. Ce caractère se modifie d'après la loi nouvelle : la prohibition est absolue et s'applique à toutes les loteries. La loi a considéré les désastreuses conséquences que ce jeu entraîne, la corruption qu'il produit, les moyens immenses qu'il offre à l'escroquerie de faire des dupes, et elle l'a supprimé, non plus comme un instrument de fraude envers l'État, mais comme un instrument d'immoralité pour la société. La loterie est condamnée intrinsèquement et en elle-même : telle est la différence qui sépare cette loi de la législation qui l'a précédée. Mais les éléments de l'infraction sont restés exclusivement matériels ; ce que la loi a voulu interdire, c'est l'instrument même de la loterie, indépendamment de l'abus qu'on peut en faire. Ainsi elle punit la seule existence d'une loterie, ou d'une vente effectuée par la voie du sort, encore bien que cette vente ou cette loterie n'ait donné lieu à aucune fraude, à aucune tromperie. C'est le *moyen* même qui est incriminé, parce que l'emploi de ce moyen peut jeter un immense péril dans les transactions sociales ; l'opération elle-même peut ensuite être poursuivie à titre de vol ou d'escroquerie.

2333. L'art. 2 définit les loteries : « Sont réputées loteries et interdites comme telles les ventes d'immeubles, de meubles, ou de marchandises, effectuées par la voie du sort, et auxquelles auraient été réunies des primes ou d'autres bénéfices dus au hasard, et généralement toutes les opérations offertes au public pour faire naître l'espérance d'un gain qui serait acquis par la

voie du sort. » On lit dans l'exposé des motifs de la loi : « Les caractères constitutifs des diverses spéculations que cette loi a pour but d'atteindre avaient besoin d'être fixés par des dispositions des anciennes lois. Que ces spéculations soient principales ou accessoires, habituelles ou isolées, sous forme de vente mobilière ou immobilière, ou de souscription; qu'elles présentent un mélange apparent d'opérations commerciales et de chances aléatoires, toutes les fois qu'elles choisissent le sort pour instrument, elles rentrent toutes dans les prohibitions de la loi et dans les définitions de son art. 2. »

Cette disposition modifie la législation antérieure sur plusieurs points essentiels. En premier lieu, sous cette législation, qui n'avait point déterminé les éléments constitutifs de la loterie, on n'entendait par cette expression, suivant l'autorité de la lexicologie, que les combinaisons qui présentent des chances de gain ou de perte par la voie du sort. La loi nouvelle n'exige plus qu'il y ait chance de perte; chaque mise donnerait droit à une valeur égale, que la loterie ne serait pas moins prohibée: il suffit qu'il y ait une vente effectuée par la voie du sort, une vente avec mélange de primes dues au hasard, une opération quelconque offrant l'espérance d'un gain acquis par la voie du sort. C'est l'emploi de cette voie hasardeuse dans les transactions sociales que la loi a prohibé, et non plus seulement les chances de perte ; c'est l'emploi du moyen, abstraction faite de son résultat.

En second lieu, la loi du 9 vendémiaire an VI ne supprimait, par son art. 91, que les *établissements* de loterie particulière et étrangère; la loi du 3 frimaire an VI ne punissait que des *agences établies* pour vendre par forme de loterie, soit avec mélange, soit sans mélange de lots, des effets mobiliers ou immobiliers; enfin, l'art. 410 n'incriminait que ceux qui avaient *établi ou tenu des loteries*. Ces dispositions pouvaient faire croire qu'un fait isolé de mise en loterie n'était pas punissable, qu'il fallait un établissement, une agence, une suite d'opérations. Le législateur a cru devoir proscrire cette interprétation, bien qu'elle eût été déjà repoussée par la Cour de cassation. La loi décide qu'une seule vente par la voie du sort, ou une seule opération offerte au public pour faire naître l'es-

pérance d'un gain acquis par la même voie, motive l'application des peines légales.

2334. La loi s'applique-t-elle à l'ouverture d'une souscription pour l'émission de titres résultant du fractionnement en coupures, avec chances proportionnelles de primes et de lots des obligations du Crédit foncier? Un arrêt de la Cour de Paris, constatait que Detaille avait ouvert une souscription publique pour l'émission de titres consistant dans des vingtièmes des obligations de cent francs du Crédit foncier, titres qu'il livrait au prix de 4 fr. 75. L'arrêt avait appliqué à cette opération l'art. 2 de la loi du 21 mai 1836. Detaille s'est pourvu en cassation, en soutenant qu'il n'avait rien changé à la nature des obligations et qu'il n'avait fait qu'en faciliter le placement. Le pourvoi a été rejeté : « attendu qu'en fractionnant les obligations, il les a modifiées dans une de leurs conditions substantielles ; qu'il a, par suite, créé des valeurs autres que celles qui avaient été formellement autorisées, et établi sur leur émission, alors que les lots et primes y attachés dépendaient d'un tirage au sort, une opération lui appartenant en propre et constituant une véritable loterie ; que la Cour de Paris était d'autant plus fondée à le décider ainsi, que les modifications reprochées à Detaille portaient sur deux des éléments essentiels des obligations du Crédit foncier ; que, d'une part, Detaille substituait, dans une certaine mesure, vis-à-vis de ses souscripteurs, son obligation personnelle à celle de l'établissement de crédit sur les titres desquels il spéculait, et que, d'autre part, il faisait descendre à une somme réduite au vingtième la somme de 100 fr. fixée d'une manière précise et invariable par le décret organique de cet établissement ; que, non-seulement, en s'affranchissant de cette condition, Detaille dénaturait les obligations émises sous la garantie en résultant pour les remplacer par les billets de loterie par lui créés, mais qu'il se mettait en outre, en opposition manifeste avec l'esprit de la législation actuelle, dans ses rapports soit avec la constitution des sociétés particulières par actions, soit avec la constitution des opérations financières soumises au contrôle du gouvernement, puisqu'il est interdit d'avilir le prix d'achat des valeurs à émettre en le faisant descendre par des coupures arbitraires

au-dessous des sommes déterminées par le gouvernement ou par la loi[1] » La même décision a été appliquée par un autre arrêt au fractionnement des obligations de l'emprunt mexicain[2].

2335. Enfin les ventes d'immeubles par forme de loterie avaient donné lieu à quelques difficultés. L'édit de mai 1539 permettait la mise en loterie des immeubles. Depuis cette époque, et lorsque l'Etat se fut réservé l'exploitation des loteries, les immeubles se trouvèrent nécessairement prohibés. Ainsi on voit dans les recueils d'arrêts qu'un propriétaire voulant en 1768 se défaire d'un domaine très-vaste, conçut le dessein de le mettre en loterie, et présenta requête au conseil souverain d'Alsace ; mais, par arrêt du 17 mai 1768, cette Cour ordonna qu'il sera mis au néant sur sa requête, par la raison qu'il n'avait point obtenu la permission du roi[3]. La loi du 3 frimaire an VI avait prévu les ventes par forme de loterie *des effets mobiliers ou immobiliers*, mais elle ne punissait que les agences établies pour faire les ventes. L'art. 410 punissait, au contraire, tous ceux qui avaient *établi* et *tenu* des loteries, sans spécifier la nature des objets mis en loterie. C'est sur les termes de cet article que la question s'était élevée ; et bien que la Cour de Paris eût décidé que la mise en vente d'un seul immeuble par forme de loterie était passible des peines de la loi[4], cette décision n'avait point fait cesser tous les doutes qu'un texte obscur avait soulevés. L'art. 2 de la loi nouvelle met un terme à cette controverse : ce n'est plus l'objet de la vente, mais sa forme qu'il faut examiner ; que cet objet soit un meuble ou un immeuble, la question est la même ; si la vente *est effectuée par la voie du sort*, elle tombe sous la prohibition.

2336. L'art. 3 de la loi établit les peines de la contravention : « La contravention à ces prohibitions sera punie des peines portées à l'art. 410 du Code pénal. S'il s'agit de loteries d'immeubles, la confiscation prononcée par ledit article sera rem-

[1] Cass., 7 mai 1866, Bull. n. 130 ; 10 fév. 1866, Bull. n. 39.
[2] Cass., 24 mars 1866, Bull. n. 86.
[3] Recueil des ordonnances d'Alsace, t. 2, p. 806.
[4] Arr. Paris, 17 nov. 1832, Devill. et Car., 33.2.7.

placée, à l'égard du propriétaire de l'immeuble mis en loterie, par une amende qui pourra s'élever jusqu'à la valeur estimative de cet immeuble. En cas de seconde ou ultérieure condamnation, l'emprisonnement et l'amende portés en l'art. 410 pourront être élevés au double du maximum. Il pourra dans tous les cas être fait application de l'art. 463 du Code pénal. » L'amende que cet article substitue à la confiscation spéciale, lorsqu'il s'agit des loteries d'immeubles, peut être considérée elle-même, à raison du taux où elle peut être élevée, comme une véritable confiscation; mais nous avons vu, en traitant de la confiscation spéciale, que la confiscation des objets qui ont été l'instrument ou la matière des délits ou des crimes est formellement autorisée par la loi. Ce n'est donc pas sous ce rapport que cette disposition pourrait être critiquée; mais peut-être pourrait-elle l'être parce qu'elle abandonne presque sans limite à l'arbitraire des tribunaux la fixation d'une amende qui peut atteindre le chiffre le plus élevé, parce qu'elle n'établit aucunes règles pour la distribution de cette peine, enfin parce qu'elle lui donne pour base la valeur estimative de l'immeuble, en laissant cette estimation au pouvoir discrétionnaire des juges. Le législateur a pensé qu'il fallait en cette matière laisser aux juges une espèce de pouvoir en quelque sorte discrétionnaire.

2337. L'art. 4 renferme deux dispositions distinctes. La première est ainsi conçue : « Ces peines seront encourues par les auteurs, entrepreneurs ou agents des loteries françaises ou étrangères, ou des opérations qui leur sont assimilées. » De cette disposition découlent deux corollaires. L'art. 410 ne punissait que les entrepreneurs, c'est-à-dire ceux qui ont *établi* ou *tenu* des loteries, et les agents, c'est-à-dire les *administrateurs* préposés de ces loteries; la loi nouvelle fait remonter l'incrimination jusqu'aux *auteurs*, c'est-à-dire à ceux qui ont préparé et formé l'entreprise, lors même qu'ils ne l'exploitaient pas par eux-mêmes. En second lieu, ces auteurs, entrepreneurs et agents sont punis des mêmes peines, soit que les loteries qu'ils ont formées, établies ou tenues, soient *françaises* ou *étrangères*. Il ne suffisait pas, en effet, de prescrire toute espèce de loteries, il fallait prohiber en même temps l'exploita-

tion en France d'une loterie établie en pays étranger. C'est contre ce jeu des loteries étrangères que nos anciennes ordonnances et les arrêts du parlement portaient les peines les plus sévères. Les lois des 9 vendémiaire et 9 germinal an VI prohibaient tout *établissement* d'une loterie étrangère, et le fait d'avoir tenu la banque pour une loterie de cette nature. Les termes vagues de l'art. 410 faisaient douter de sa portée. Toute incertitude cesse aujourd'hui sur ce point.

Le 2e § de l'art. 4 porte : « Ceux qui auront colporté ou distribué les billets, ceux qui, par des avis, annonces, affiches, ou par tout autre moyen de publication, auront fait connaître l'existence des loteries ou facilité l'émission des billets, seront punis des peines portées en l'art. 411 du Code pénal ; il sera fait application, s'il y a lieu, des deux dernières dispositions de l'article précédent. » Cette disposition a rempli une lacune de la législation. L'arrêt du conseil du 20 septembre 1776 était le seul texte qui eût prévu la publication et l'affiche des loteries étrangères dans le royaume, et la Cour de cassation avait cru devoir, pour prévenir cette publication, recourir aux dispositions de cet article. Un arrêt porte, en effet : « que l'arrêt du conseil du 20 septembre 1776 est un acte de la puissance souveraine, et qu'il a été publiquement exécuté dans le royaume ; que toutes les lois subséquentes, et notamment celles des 9 vendémiaire et 9 germinal an VI, ont continué de prohiber les loteries étrangères ; que les anciennes lois, ordonnances et règlements sur les loteries non autorisées se trouvent maintenus : 1° par l'art. 484 du Code pénal ; 2° par l'avis du Conseil d'Etat du 8 février 1812 ; 3° par l'art. 1er de la loi du 21 décembre 1814, et les différentes lois sur les finances qui ont été promulguées postérieurement ; que le fait reproché au gérant du *Figaro*, d'avoir annoncé la nouvelle vente par actions du château de Thorisunbad, à Vienne, est expressément défendu par ledit arrêt qui, à défaut d'une sanction pénale sur ce point, emporte l'application des peines que prononcent l'art. 471, n° 15, et l'art. 474 du Code pénal [1]. » Il est inutile d'examiner le mérite de cette décision ; toute difficulté se

[1] Cass., 5 déc. 1835, Devill. et Car., 35.1.913.

trouve effacée par les termes de l'art. 4 de la loi nouvelle.

2338. Depuis la promulgation de cet article plusieurs moyens ont été employés pour en éluder les prohibitions. Les ventes d'immeubles étrangers ont été annoncées, mais sans que l'annonce fît connaître que ces ventes étaient faites par forme de loterie ; des billets ont été envoyés par des banquiers étrangers, par la voie de la poste, au domicile même des citoyens ; enfin, l'adresse de ces banquiers a été annoncée dans les journaux, sans ajouter l'objet véritable de cet avis. Evidemment, les journaux connaissent très-bien le but des annonces qui leur sont remises ; ils savent qu'on veut éviter l'application de la loi pénale, et ils peuvent être atteints par les dispositions répressives de cette loi, comme ayant facilité l'émission des billets. L'envoi des billets par la voie de la poste doit également donner lieu à la saisie des billets et à l'instruction d'une procédure contre les expéditeurs. Le délit, en effet, est évident, soit qu'on considère cet envoi comme une distribution de billets d'une loterie étrangère, ou comme une annonce de cette loterie ; et le seul moyen d'en prévenir les effets est de faire ordonner, par la voie d'une information, la saisie et la destruction des billets ou des prospectus.

2339. L'art. 5 de la loi du 21 mai 1836 termine ces nouvelles dispositions par une exception qui les restreint : « Sont exceptées des dispositions des art. 1 et 2 ci-dessus, les loteries d'objets mobiliers exclusivement destinées à des actes de bienfaisance ou à l'encouragement des arts, lorsqu'elles auront été autorisées dans les formes qui seront déterminées par des règlements d'administration publique. »

Les loteries d'objets mobiliers peuvent donc encore avoir lieu dans deux cas : 1° lorsqu'elles sont destinées à des actes de bienfaisance ; 2° à l'encouragement des arts.

Dans le premier cas, il ne suffirait pas qu'une partie des souscriptions fût affectée au soulagement des pauvres : la loi exige que le produit de la loterie soit *exclusivement* destiné à l'acte de bienfaisance, et elle a voulu par cette expression éloigner les combinaisons qui, sous le voile de la bienfaisance, et en consacrant aux pauvres une faible part des mises, auraient essayé de lutter contre la prohibition légale.

La loi, dans la deuxième hypothèse, a eu nécessairement en vue des encouragements pour les artistes. Il s'agit, dans sa pensée, du placement d'une œuvre d'art dans l'intérêt de son auteur. L'artiste qui n'a pas trouvé d'acquéreur pour un tableau, une gravure, une statue, ou dont l'œuvre est d'un tel prix que les fortunes particulières ne pourraient que difficilement l'acquérir, peut mettre cette œuvre en loterie. Cet article régularise également les loteries annuelles faites de tableaux d'artistes vivants par la Société des arts.

2340. Le fait par un libraire de joindre à une vente de livres la remise de billets d'une loterie autorisée est-il licite? Oui, « attendu qu'après avoir prohibé, dans son art. 1er toutes espèces de loteries, la loi du 21 mai 1836, dans son art. 2, prévoit et réprime les ventes d'immeubles, meubles ou marchandises auxquelles auraient été réunies des primes dues au hasard; que la protection due au commerce ne permettait au législateur d'en entraver la liberté qu'autant qu'un fait pénal venait se réunir et se confondre avec l'opération commerciale dont il corrompait la nature; que l'acte commercial n'est, par conséquent, frappé par l'art. 2 que parce qu'il sert à masquer une entreprise de loterie prohibée; qu'aux termes de l'art. 5, le fait défendu d'une loterie devient légal par suite de l'autorisation du gouvernement dans les formes et sous les conditions ordonnées par la loi; qu'il est constaté en fait que les demandeurs ont joint à une vente de livres la remise de billets de loterie achetés par eux, ce qui constituait, il est vrai, une chance de bénéfices dus au hasard, mais que cette loterie était dûment autorisée; que les demandeurs n'en étaient ni les auteurs, ni les directeurs, ni les agents; qu'elle a toujours conservé son administration indépendante et n'a jamais été confondue avec leur entreprise commerciale; qu'ils avaient usé du droit commun en achetant et en plaçant des billets qui sont toujours restés en circulation pour tout le monde; qu'on ne trouve pas dans les faits retenus cette espèce de violence morale réprimée par la loi et qui pousse un individu à consommer un acte commercial uniquement pour satisfaire sa passion du jeu, puisque chacun pouvait participer aux chances de la loterie sans devenir acquéreur de livres; qu'il ne reste dès lors dans la cause

que deux faits licites : celui d'une vente libre de livres et celui du placement d'un certain nombre de billets d'une loterie autorisée [1]. »

2341. Au reste, le règlement d'administration publique annoncé par la loi a été publié : l'ordonnance du 29 mai 1844 contient ce qui suit : « Art. 1er. Les autorisations pour l'établissement des loteries désignées en l'art. 5 de la loi du 21 mai 1836 seront délivrées, savoir : par le préfet de police pour Paris et le département de la Seine, et, dans les autres départements, par les préfets, sur la proposition des maires. Ces autorisations ne seront accordées que pour un seul tirage ; elles énonceront les conditions auxquelles elles auront été accordées, dans l'intérêt du bon ordre et dans celui des bénéficiaires. — Art. 2. Lesdits tirages se feront sous l'inspection de l'autorité municipale, aux jours et heures qu'elle aura déterminés. L'autorité municipale pourra, lorsqu'elle le jugera convenable, faire intervenir dans cette opération la présence de ses délégués ou des commissaires délégués par elle. — Art. 3. Le produit net des loteries dont il s'agit sera entièrement et exclusivement appliqué à la destination pour laquelle elles auront été établies et autorisées, et il devra en être valablement justifié. »

L'autorisation ne peut émaner que du pouvoir à qui la délégation a été faite ; il ne suffirait pas que le prévenu prétendît et établît même que la loterie qu'il a tenue a eu pour objet le soulagement d'une infortune, ou l'encouragement des arts ; les tribunaux ne seraient point compétents pour apprécier cette excuse. Le seul fait d'une loterie sans autorisation constitue la contravention, quel que soit le but de cette loterie. Les tribunaux n'ont donc à constater qu'un fait matériel, l'établissement d'une loterie sans autorisation ; il n'appartient qu'à l'administration d'apprécier le but de la loterie, et de la couvrir, s'il y a lieu, par une autorisation accordée dans des formes légales.

2342. Tel est l'état actuel de la législation sur cette matière. La loi du 21 mai 1836, en élargissant l'incrimination de l'article 410, a pour but d'interdire d'une manière absolue, dans

[1] Cass., 9 août 1850, Bull. n. 250.

les transactions civiles, l'instrument de la loterie, l'emploi de la loi du sort comme cause principale du gain ou de la perte. Elle a proscrit cette espèce de contrat sous toutes les formes qu'il peut revêtir, soit que la spéculation qui prend le sort comme son unique base soit principale ou accessoire, habituelle ou isolée, soit qu'elle se dérobe sous la forme d'une vente ou d'une souscription, soit qu'elle offre un mélange d'opérations commerciales et de chances aléatoires. C'est la forme, c'est le moyen qui est incriminé indépendamment des dangereux résultats qu'il peut produire. Et de là il suit, et nous l'avons constaté, que l'infraction prévue par cette loi est toute matérielle, bien qu'elle ait pour objet de prévenir ces fraudes; car, si le législateur avait les yeux fixés sur ces fraudes qui menaçaient de toutes parts la société, il a circonscrit la mission du juge à la seule interdiction du moyen employé à ces sortes d'escroquerie; le juge n'a donc point à s'occuper du but de la loterie et de la moralité des spéculations auxquelles elle a servi; il ne doit rechercher que la loterie elle-même; son seul emploi constitue le délit.

§ III. — *Contraventions aux règlements sur les maisons de prêt sur gages.*

2343. Le gage est un contrat dont la loi civile a prévu les effets et réglé les conditions. Mais ces dispositions, suivant les termes de l'art. 2084 du Code civil, ne sont point applicables aux maisons de prêt sur gages.

En effet, lorsque cette espèce de prêt est une spéculation habituelle, lorsque cette spéculation possède une organisation et des moyens particuliers d'action, lorsque des établissements spéciaux sont ouverts pour faire ce trafic, les dispositions communes de la loi civile deviennent insuffisantes. Les intérêts des classes pauvres, que les facilités du prêt séduisent, exigent l'intervention plus active du législateur. Il doit stipuler comme un tuteur pour les emprunteurs sur lesquels pèseraient des conditions trop onéreuses. Il doit faciliter leur paiement, et leur conserver le gage déposé entre les mains du prêteur. Des règlements particuliers régissent donc cette matière.

Des maisons publiques de prêt sur gages ou monts-de-piété furent, pour la première fois, établies en France par les lettres-patentes du 9 décembre 1777. Toutes les maisons de prêt particulières furent dès lors interdites (édit du 10 août 1779). La révolution abolit ces dispositions philanthropiques. Les maisons de prêt sur gages se multiplièrent aussitôt, et bientôt des abus nombreux attirèrent l'attention du législateur. La loi du 16 pluviôse an XII disposa, par ses art. 1 et 2, qu'aucune maison de prêt sur nantissement ne pourrait être établie qu'au profit des pauvres et avec l'autorisation du gouvernement, et que tous les établissements qui ne seraient pas autorisés devraient opérer leur liquidation. L'art. 3 ajoutait : « Les contrevenants seront poursuivis devant les tribunaux de police correctionnelle, et condamnés au profit des pauvres à une amende payable par corps, qui ne pourra être au-dessous de cinq cents francs, ni au-dessus de trois mille francs ; la peine pourra être double en cas de récidive. » L'art. 4 portait encore que « le tribunal prononcerait en outre, dans tous les cas, la confiscation des effets donnés en nantissement. » Le décret du 24 messidor an XII prescrivait ensuite que des monts-de-piété seraient organisés à Paris et dans les départements. Les succursales de ces monts-de-piété furent les seules maisons de prêt autorisées par le gouvernement ; toutes les autres furent fermées par le décret du 8 thermidor an XIII[1].

2344. Tel était l'état de la législation, lorsque l'art. 411 du Code pénal fut rédigé. Cet article, qui a remplacé la loi du 16 pluviôse an XII, est ainsi conçu : « Ceux qui auront établi ou tenu des maisons de prêt sur gages ou nantissement sans autorisation légale, ou qui, ayant une autorisation, n'auraient pas tenu un registre conforme aux règlements, contenant de suite, sans aucun blanc ni interligne, les sommes ou les objets prêtés, les noms, domicile et profession des emprunteurs, la nature, la qualité, la valeur des objets mis en nantissement, seront punis d'un emprisonnement de 15 jours au moins, de trois mois au plus, et d'une amende de cent francs à deux mille francs. »

[1] V. la loi du 24 mai 1851 sur les monts-de-piété.

Cet article prévoit deux contraventions différentes : 1° l'établissement d'une maison de prêt sur gages sans autorisation légale; 2° les omissions et irrégularités dans la tenue du registre prescrit dans les maisons de prêt autorisées.

Il est évident, en premier lieu, que ces deux infractions sont purement matérielles : ce que la loi punit, c'est uniquement le défaut d'autorisation ou l'omission du registre prescrit ; elle ne recherche point l'intention du délinquant ; elle ne constate point si c'est dans une pensée de fraude qu'il ouvrait une maison de prêt clandestine, ou qu'il omettait d'enregistrer les objets mis en nantissement ; elle ne s'attache qu'à l'omission de la formalité ; cette omission, dès qu'elle est prouvée, justifie la peine, abstraction faite de la pensée du contrevenant ; sa bonne foi peut atténuer l'infraction, mais ne la fait point disparaître.

2345. Recherchons maintenant les éléments de l'une et de l'autre infraction. La première consiste dans l'établissement d'une maison de prêt sur gages sans autorisation. Cette contravention renferme trois conditions. L'établissement d'une maison de prêt suppose, en premier lieu, une institution permanente, ou du moins l'institution d'une maison avec la destination habituelle de prêter; car un fait isolé ou accidentel n'est pas un établissemeent ; cette expression énonce la pensée de se livrer à ce trafic illicite, d'en faire une habitude, un métier.

Ainsi l'intermédiaire du mont-de-piété ne peut être l'objet d'une poursuite, lorsqu'il est constaté que le mont-de-piété a seul prêté et seul reçu les objets déposés à titre de gages[1].

Il est nécessaire, en second lieu, que la maison ait pour objet le prêt sur gages ; car la prohibition de la loi ne s'applique qu'à cette sorte de prêt. Ainsi il ne suffirait pas que le jugement de condamnation déclarât le prévenu convaincu d'avoir tenu une maison de prêt : il faudrait qu'il constatât que cette maison de prêt était sur gages ou nantissements ; ce fait est substantiel et caractéristique de la criminalité[2]. Mais si le gage

[1] Cass., 4 août 1870, Bull. n. 161.

[2] Cass., 9 mars 1819, Devill. et Car., 7.89 ; S.19.1.298.

était déguisé sous le voile d'une vente avec faculté de rachat ou de toute autre convention, il appartiendrait au juge de lui restituer son véritable caractère en déclarant la convention simulée[1].

La troisième condition de l'infraction est le défaut d'autorisation. Aucune autorisation ne peut être accordée aujourd'hui, si ce n'est pour l'institution des monts-de-piété qui sont établis par décrets dans certaines villes. Chaque mont-de-piété peut élever, avec l'autorisation administrative, les succursales nécessaires aux besoins des populations. Ces succursales sont les seules maisons de prêt sur gages qui aient aujourd'hui une existence légale.

2346. Il résulte de ce caractère complexe du délit et de l'habitude qui est l'un de ses éléments que l'action civile qui serait portée par l'un des emprunteurs devant la juridiction correctionnelle, accessoirement à la poursuite du délit, ne serait pas recevable, parce que le délit se fonde sur l'ensemble des prêts, et non sur chaque prêt pris isolément. C'est ce qui a été jugé par un arrêt portant : « que l'établissement ou la tenue d'une maison de prêt sur gages sans autorisation légale est un délit complexe par sa nature; qu'il implique une sorte d'habitude, la répétition de plusieurs faits semblables; que chaque fait isolé de prêt sur gages peut bien être le principe d'une action devant les tribunaux civils en nullité de contrat, par l'une des causes énoncées aux art. 1109 et suiv. du Code civ., et par suite en restitution et dommages-intérêts; mais qu'en admettant même que le défaut d'autorisation dont parle l'art. 411 puisse être considéré comme ayant été préjudiciable à l'emprunteur, ce dernier, pour être reçu partie civile, aurait encore besoin de compléter le délit par des faits qui lui sont étrangers, des prêts autres que ceux dont il se plaint, et dont la réunion et l'ensemble sont nécessaires pour constituer l'établissement ou la tenue d'une maison de prêt sur gages[2]. »

2347. La deuxième infraction prévue par l'art. 411 est relative à l'administration même des maisons autorisées; la loi

[1] Cass., 15 juin 1821, Devill. et Car., 7.454 ; Dall.821.381.
[2] Cass., 17 mars 1855, Bull. n. 99.

a voulu donner une sanction à des formalités qui sont la seule garantie de l'emprunteur. Les préposés des monts-de-piété qui ne tiennent pas un registre conforme aux règlements, c'est-à-dire contenant de suite et sans blanc ni interligne toutes les indications nécessaires pour constater le prêt et le nantissement, sont passibles des peines portées par cet article. Ainsi la contravention peut résulter soit de l'omission complète du registre, soit des irrégularités commises dans sa tenue ; car l'obligation consiste dans la tenue *d'un registre conforme aux règlements.* La seule omission de l'inscription d'un prêt serait-elle une contravention punissable? Il faut répondre affirmativement. Chaque prêt est un contrat qui doit être formellement constaté : l'art. 48 du règlement du 8 thermidor an XIII prescrit formellement la rédaction d'un acte de dépôt signé par le déposant ou son répondant ; il y aurait donc infraction aux règlements dans l'omission de cet acte sur le registre ; il y aurait omission du registre en ce qui concerne cet acte particulier. Tel est assurément l'abus le plus grave que la loi ait voulu proscrire.

CHAPITRE LXXVIII.

ENTRAVES APPORTÉES A LA LIBERTÉ DES ENCHÈRES.

(*Commentaire de l'art. 412 du Code pénal.*)

2348. Origine de l'art. 412.
2349. Motifs de cet article; à quelles adjudications il doit être appliqué.
2350. Il faut, pour constituer ce délit, que l'entrave ait été le résultat de voies de fait, de violences ou de menaces.
2351. Le deuxième paragraphe de l'art. 412 punit le fait d'écarter les enchérisseurs par dons ou promesses.
2352. Éléments de ce second délit : il réside dans la corruption employée pour entraver l'adjudication.
2353. Le délit existe-t-il dans le seul fait d'une convention par laquelle plusieurs individus s'engagent à ne pas enchérir et à partager les bénéfices avec l'adjudicataire?
2354. Il importe peu qu'un seul enchérisseur ait été écarté et que la promesse ne soit susceptible d'aucune exécution.
2355. L'art. 412 s'applique-t-il à la surenchère comme à l'enchère?
2356. Celui qui a déposé un acte de surenchère et qui se désiste ensuite par l'effet d'un arrangement avec l'adjudicataire est-il passible de l'application de l'art. 412?
2357. Les personnes qui ont agréé des dons ou promesses pour ne pas enchérir peuvent-elles être poursuivies comme complices?
2358. Aggravation de peine à l'égard des officiers publics. Nullité des conventions faites vis-à-vis des enchérisseurs.

2348. Cette incrimination est née du sein de nos troubles politiques. La vente des biens nationaux avait soulevé dans plusieurs provinces une vive opposition, qui se manifestait soit par des violences ouvertes, soit par des manœuvres propres à la faire avorter. Le législateur dut intervenir pour protéger la liberté des enchères.

L'art. 27 du titre 2 de la loi du 19-22 juillet 1791 portait : « Tous ceux qui, dans l'adjudication de la propriété ou de la location soit des domaines nationaux, soit de tous autres domaines appartenant à des communautés ou à des particuliers, troubleraient la liberté des enchères ou empêcheraient que les adjudications ne s'élevassent à leur véritable valeur, soit par offre d'argent, soit par des conventions frauduleuses, soit par des violences ou voies de fait exercées avant ou pendant les enchères, seront punis d'une amende qui ne pourra excéder 500 livres, et d'un emprisonnement qui ne pourra excéder une année. »

La loi du 24 avril 1793 reproduisit cette disposition en la modifiant : d'une part elle atténua la peine, sans doute pour en rendre l'application plus certaine ; d'un autre côté elle distingua deux espèces de délit, suivant la nature de l'opposition apportée aux enchères. L'art. 11 de cette loi portait : « Tous ceux qui troubleraient la liberté des enchères (des domaines nationaux) par des injures ou menaces, seront punis d'une amende qui ne pourra être au-dessous de 50 livres, et d'un emprisonnement qui ne pourra être au-dessous de 15 jours. » L'art. 12 ajoutait : « Ceux qui troubleraient la liberté des enchères ou empêcheraient que les adjudications ne s'élevassent à leur véritable valeur, soit par offre d'argent ou par des conventions frauduleuses, soit par des violences ou voies de fait exercées avant, pendant ou à l'occasion des enchères, seront poursuivis et punis d'une amende qui ne pourra être au-dessous de 500 livres, et d'un emprisonnement qui ne pourra être moindre de six mois. »

Un décret du 7 messidor an II révèle que les fonctionnaires publics trempaient eux-mêmes dans ces manœuvres et s'en rendaient les instruments ; la rigueur de la loi était extrême à leur égard : « Lorsque les délits, porte le décret, auront été commis par des fonctionnaires publics, commissaires, gardiens et dépositaires, les coupables et leurs complices seront punis de douze années de fers et jugés par les tribunaux criminels. »

2349. Le Code pénal a conservé ces dispositions en les modifiant. L'exposé des motifs se borne à constater la source où elles ont été prises : « Le fond de cet article, a dit M. Faure, a été puisé dans la loi correctionnelle de 1791 et dans la loi par-

ticulière du 24 avril 1793. La nouvelle rédaction est beaucoup plus complète et remplace plusieurs lacunes. » Voici le texte de l'art. 412 : « Ceux qui, dans les adjudications de la propriété, de l'usufruit ou de la location des choses mobilières ou immobilières, d'une entreprise, d'une fourniture, d'une exploitation ou d'un service quelconque, auront entravé ou troublé la liberté des enchères ou des soumissions par voies de fait, violences ou menaces, soit avant, soit pendant les enchères ou les soumissions, seront punis d'un emprisonnement de quinze jours au moins, de trois mois au plus, et d'une amende de cent francs au moins et de cinq mille francs au plus. La même peine aura lieu contre ceux qui, par dons ou promesses, auront écarté les enchérisseurs. »

Le premier point qu'il faut remarquer dans cette nouvelle rédaction, c'est qu'elle comprend toutes les espèces d'adjudications, quelle que soit la nature des choses mises en vente : non-seulement des domaines nationaux, mais des biens particuliers; non-seulement des immeubles, mais des choses mobilières, des entreprises, des fournitures, des services divers qui sont soumissionnés par la voie des enchères.

Lorsqu'une adjudication de cette nature a été troublée, trois conditions sont nécessaires pour que ce trouble constitue un délit punissable : la première est que la liberté des enchères ou des soumissions ait été entravée ou troublée; c'est cette entrave ou ce trouble qui forme le mal matériel du délit, mais il faut qu'il ait été de nature à porter atteinte *à la liberté même* de l'adjudication. La commission du Corps législatif avait proposé de supprimer ces mots; cet amendement fut rejeté par le Conseil d'Etat[1]. Il suit de là que la loi ne punit le trouble matériel qu'autant qu'il a pour but et pour effet d'entraver la liberté des enchères; ainsi le trouble qui n'aurait pas ce résultat spécial n'aurait pas le caractère exigé par la loi pour constituer ce délit.

2350. Une deuxième condition est que l'entrave ou le trouble soit le résultat de *voies de fait*, de *violences* ou de *menaces*. C'est dans ce moyen d'exécution que consiste l'immo-

1 Procès-verbaux du Conseil d'État, séance du 18 janv. 1810.

ralité du fait : les paroles, les exhortations, les cris, lors même qu'ils auraient pour résultat de troubler la liberté de l'enchère, ne suffiraient pas pour l'existence du délit. Les dons et les promesses mêmes ne sont assimilés aux voies de fait que lorsqu'ils ont eu pour résultat d'écarter les enchérisseurs.

Enfin la loi limite l'incrimination aux troubles commis *soit avant*, *soit pendant* les enchères. Il est évident, en effet, que les enchères terminées, la peine n'aurait plus de cause, puisque son seul but est de protéger leur liberté. Mais que faut-il entendre par les troubles commis *avant* les enchères? Si l'on s'en tenait aux mots *dans l'adjudication* qui commencent l'art. 412, on serait porté à décider qu'il faut entendre les troubles qui sont commis dans le cours de l'opération de l'adjudication. Mais l'article lui-même, par l'expression *avant*, démontre que ce n'est pas cette opinion que le législateur a voulu consacrer. En effet, la liberté des enchères pourrait être entravée par des faits très-graves qui précéderaient l'adjudication ; par exemple, si celui qui voudrait se rendre adjudicataire, ou qui voudrait faire manquer l'adjudication, déterminait, par des dons, promesses ou menaces, plusieurs jours avant celui fixé pour la mise aux enchères, des individus à ne pas prendre part à l'adjudication, ou si la veille de cette adjudication il les retenait violemment, de sorte qu'à raison des distances, il ne leur fût plus possible d'arriver en temps utile, quoiqu'on leur laissât entière liberté le jour de l'adjudication. Evidemment dans ces diverses hypothèses la loi doit être appliquée. Loin d'y répugner, le texte et l'esprit de l'art. 412 nécessitent cette solution.

Les éléments du délit prévu par l'art. 412 sont donc clairement établis : il est nécessaire que la liberté de l'enchère ait été troublée, que ce trouble ait été causé par des voies de fait, des violences ou des menaces, qu'il ait été commis avant ou pendant l'adjudication. La réunion de ces circonstances constitue le fait puni par la loi.

2351. Mais à côté de cette incrimination l'art. 412 en place une autre qui n'est qu'une modification de la première. Il ajoute en effet : « La même peine aura lieu contre ceux qui, par dons ou promesses, auront écarté les enchérisseurs. »

Dans le projet du Code pénal, cette disposition se trouvait

confondue dans le corps même de l'article, lequel punissait alors toute entrave à la liberté des enchères, *soit par dons ou promesses*, soit par voies de fait, etc. La commission du Corps législatif fit remarquer avec raison que des dons ou promesses n'entravent pas précisément *la liberté* des enchères, mais qu'ils entravent les enchères elles-mêmes; elle proposa, pour donner au texte une plus grande exactitude, de supprimer les mots *la liberté;* elle alléguait que cette modification ôterait tout prétexte d'éluder la peine, par le motif que les dons ou promesses n'auraient pas entravé ou troublé matériellement la liberté des enchérisseurs. Le Conseil d'Etat n'admit pas cet amendement; mais, reconnaissant l'objection fondée, il divisa l'article en deux parties [1].

Dans ces deux parties le délit est le même, il se produit dans les mêmes circonstances, avec le même but; il s'agit, dans l'un et l'autre cas, de soumettre le sort d'une adjudication à une influence illicite, d'entraver les enchères; mais les éléments qui le constituent sont différents.

2352. Il n'est plus nécessaire que la liberté des enchères ait été matériellement troublée; il suffit que des enchérisseurs aient été écartés de l'adjudication. Cette manœuvre frauduleuse est placée sur la même ligne que le trouble matériel. Mais il faut que les enchérisseurs aient été écartés par *dons* ou par *promesses;* si le prévenu n'avait pas employé l'un de ces deux moyens, s'ils s'était borné à exhorter les enchérisseurs à s'abstenir de prendre part à l'adjudication et à décrier l'objet mis aux enchères, il n'y aurait aucun délit : le délit réside dans la violence ou dans la corruption employée pour entraver l'adjudication.

2353. Le délit existe-t-il par le seul fait d'une convention entre plusieurs individus portant que l'enchère sera soutenue par un seul d'entre eux et que les bénéfices de l'adjudication seront partagés? Oui, « attendu qu'une telle convention ne peut être la matière d'une association, laquelle doit toujours avoir un objet licite; que, dans le contrat dont il s'agit, les coïntéressés n'ont rien mis en commun, si ce n'est le droit qui appartenait à chacun d'eux d'enchérir à l'adjudication annoncée

[1] Procès-verbaux du Conseil d'État, séance du 18 janv. 1810.

du bail; que ce droit ne pouvait être l'objet d'une association dont le lien entre les coïntéressés était une promesse respective de partage dans un bénéfice qui ne pouvait se réaliser qu'en tenant à l'écart des enchérisseurs qui évidemment, sans ce concert frauduleux, se seraient fait concurrence lors de l'adjudication; que cette convention ne peut donc être considérée que comme un pacte illicite entre ceux qui paraissaient devoir se présenter concurremment à l'adjudication, et qui, au moyen de promesses respectives du partage d'un bénéfice éventuel, pour le cas où le prix de l'adjudication n'excéderait pas un prix par eux fixé d'avance, s'abstiennent de la légitime concurrence qui se serait établie entre eux dans l'adjudication, si ce pacte n'avait pas existé, et mettent ainsi une entrave à ce que l'adjudication soit portée à sa valeur réelle [1]. »

On trouve la même solution, mais avec une restriction importante, dans un autre arrêt qui dispose : « qu'en principe général l'association entre plusieurs pour acquérir dans les ventes publiques n'est point prohibée par la loi; que lorsqu'elle est loyale, s'annonce hautement et tend seulement à réunir des capitaux qui, pris isolément, resteraient inefficaces pour agir, elle peut seconder, bien loin de l'entraver, la liberté des enchères; mais qu'il est vrai de dire aussi qu'en concentrant dans une seule main des intérêts distincts et divisés, elle peut, à l'aide de certaines conditions ou promesses, diminuer ou écarter les enchérisseurs, et revêtir ainsi un caractère réprouvé par la loi; qu'il est constaté par l'arrêt attaqué qu'au jour indiqué pour l'adjudication, les trois prévenus s'y étaient rendus avec l'intention d'agir isolément et concurremment, et déterminés à se porter enchérisseurs et acquéreurs pour le tout; que dans ce but ils avaient choisi, chacun individuellement, un avoué spécial; qu'ils se sont soudainement concertés; qu'ils ont arrêté d'acquérir les biens à vil prix; qu'une promesse réciproque a été faite de partager entre eux également les biens ainsi obtenus; que, dans ces circonstances, l'arrêt, en déclarant l'association frauduleuse et en appliquant l'art. 412, en a fait une juste application [2]. »

[1] Cass., 19 nov. 1841, Bull. n. 331.— [2] Cass., 15 mai 1857, Bull. n. 193.

Enfin, la restriction indiquée dans l'arrêt qui précède a été appliquée avec une grande netteté dans un arrêt de la chambre des requêtes qui porte : « que si l'on doit regarder comme contraires à l'ordre public les empêchements apportés par dons, promesses et conventions frauduleuses, à ce que les adjudications ne s'élèvent à leur véritable valeur, l'on ne doit cependant réputer conventions frauduleuses que les associations qui, par le nombre, les qualités, les manœuvres des associés, écartent les enchérisseurs; qu'il est constant et reconnu en fait dans la cause que ce sont Nel et Lemierre qui seuls ont formé une association pour le service des lestages et délestages des navires du port du Havre, sans avoir rien fait pour écarter d'autres enchérisseurs; que, d'après cela, en décidant qu'une pareille association n'avait rien d'illicite, et que, par conséquent, elle devait recevoir son exécution, l'arrêt attaqué n'a violé aucune loi [1]. »

2354. Le délit peut exister d'ailleurs, encore bien qu'un seul enchérisseur ait été écarté et que la promesse qui l'a écarté ne soit susceptible d'aucune exécution. C'est ce qui a été établi par un arrêt qui décide : « que la question de nullité de la promesse est sans influence sur l'application de la loi pénale; que la présomption légale est que, si l'enchérisseur s'est abstenu, il l'a fait en exécution de la promesse; qu'autrement il faudrait dire que, tout engagement de ce genre étant nul comme contraire à l'ordre public, le délit de l'art. 412, § 2, ne peut jamais être consommé; que d'ailleurs il est sans importance qu'un seul enchérisseur ou plusieurs aient été écartés par dons ou promesses pour la perpétration du délit de l'article 412 [2]. »

2355. L'art. 412 s'applique-t-il à la surenchère comme à l'enchère? L'adjudicataire sur saisie immobilière, qui, par dons ou promesses, obtient que le surenchérisseur ne donne aucune suite à la surenchère, est-il passible des peines de cet article? On a dit pour la négative que, quoiqu'aux yeux de la morale ce fait soit répréhensible, il ne saurait attirer à son au-

[1] Cass., req., 23 avril 1834, S.34.747.
[2] Cass., 26 mai 1848, Bull. n. 163.

teur une pénalité quelconque, à moins que la loi pénale ne l'ait spécialement prévu; que les termes de l'art. 412 n'appellent de pénalité que sur celui qui, avant ou pendant l'adjudication, a usé de violences ou de menaces, ou employé des dons ou promesses pour écarter les enchérisseurs; que cet article est muet sur ce qui se passe après l'adjudication et relativement aux surenchères; que l'on doit penser dès lors que la loi n'a point porté sa prévoyance jusqu'à la surenchère; que d'ailleurs cette surenchère ne compromet pas les mêmes intérêts, et ne demande pas la même protection. La Cour de Riom a répondu à ces objections, par arrêt du 17 décembre 1834 : « que les dispositions de l'art. 412 sont générales et absolues; qu'elles embrassent non-seulement les premières adjudications faites à la chaleur des enchères, mais encore toutes celles qui peuvent être le résultat de l'exercice préalable d'une surenchère; que, d'une part, l'expression d'*enchère* employée dans cet article est un terme générique qui désigne à la fois l'*offre* qu'on fait au-dessus de celle d'un autre individu pour une chose vendue judiciairement au plus offrant, et l'*enchère* faite en sus du prix d'une vente ou d'une adjudication d'immeubles pour en provoquer la réitérative adjudication, ce qui constitue proprement la surenchère; que, d'autre part, on ne peut se méprendre sur le sens véritable de l'article, si l'on considère que les énonciations qu'il renferme se rencontrent toutes en matière de surenchère; en effet, dans un tel cas, il y a nécessité du concours : 1° d'une soumission préalable de porter ou faire porter le prix au taux fixé par la loi, selon la nature de la première aliénation; 2° d'enchères successives entre les individus légalement désignés; 3° enfin, d'une adjudication judiciaire et définitive pour désigner le véritable propriétaire de la chose vendue. » La Cour de cassation a confirmé cette doctrine par les motifs « que la surenchère par suite d'une saisie immobilière n'est que la continuation de la première enchère; que le but de l'article 412 est de protéger les droits du débiteur saisi et de ses créanciers, en punissant ceux qui empêchent, par les moyens dont il parle, que les immeubles saisis arrivent à leur véritable valeur; que ce but n'est atteint que par l'effet des enchères et des surenchères librement faites, d'où il suit que les disposi-

tions de cet article sont applicables aux surenchères aussi bien qu'aux enchères [1]. »

Cette jurisprudence doit-elle être suivie? En matière pénale, la loi doit être strictement renfermée dans ses termes, et il n'est jamais permis de l'appliquer par voie d'analogie à un cas qu'elle n'a pas prévu. Mais il nous paraît qu'ici les termes de la loi ne sont point restrictifs. La question ne peut s'élever qu'en ce qui concerne l'application du deuxième paragraphe de l'art. 412. Or ce paragraphe parle, en général, des *enchérisseurs*, sans distinguer entre eux; il est donc naturel de comprendre dans cette expression tous ceux qui *enchérissent*, et, par conséquent, l'auteur d'un surenchère aussi bien que celui d'une première enchère ; l'un et l'autre sont des enchérisseurs, puisqu'ils mettent un plus haut prix à la chose soumise à la vente publique. La loi, dans tous les cas, ne repousse point une telle interprétation, et il est certain que, si elle n'est pas contraire à son texte, elle est conforme à son esprit, car l'intention du législateur a été de préserver les ventes et les soumissions publiques de toute influence illicite; or il serait assurément étrange que cette protection s'étendît sur les enchères seulement et non sur les surenchères, et que ces dernières pussent être impunément l'objet de la corruption : elles ont un même but, celui de faire porter la chose mise en adjudication à sa véritable valeur, elles doivent donc trouver dans la loi la même protection.

Nous ferons remarquer d'ailleurs que les arrêts que nous venons de rapporter ont été rendus avant la loi du 2 juin 1841 sur les ventes judiciaires de biens immeubles, et que depuis cette nouvelle loi, tout le monde étant appelé à surenchérir et à enchérir après la surenchère, il ne peut plus s'élever aucun doute en ce qui concerne les enchères de ces biens.

2356. L'avoué qui a déposé au greffe du tribunal civil un acte de surenchère au nom d'un client et qui se désiste par suite d'un arrangement personnel avec un autre surenchérisseur, se rend-il coupable du délit? L'affirmative a été décidée : « attendu qu'aux termes de l'art. 710, Code procédure civile, toute personne peut, dans la huitaine du jour où une adjudi-

[1] Cass., 12 mars 1835, Devill. et Car., 35.1.461.

cation a été prononcée, faire au greffe du tribunal une surenchère, pourvu qu'elle soit du quart au moins du prix principal de la vente; mais que, lorsque cette faculté a été exercée, il en résulte, au profit de la partie saisie et de ses créanciers, des droits irrévocables par l'effet de la plus-value que l'immeuble acquiert non-seulement par la surenchère du quart en sus du prix principal de la vente, mais encore par l'éventualité des enchères qui peuvent avoir lieu entre l'adjudicataire primitif et le surenchérisseur; d'où il suit que celui qui a fait une surenchère ne peut s'en désister qu'avec le consentement de la partie saisie et des créanciers de cette dernière; qu'il résulte de ces principes que l'avoué Contamain, ayant déposé un acte de surenchère, n'avait pas le droit de retirer du greffe, sous un prétexte quelconque, et de lacérer et détruire ensuite dans son étude, ainsi qu'il l'a fait, l'acte de surenchère, parce que cet acte constituait au profit de la partie saisie et des créanciers des droits auxquels on ne pouvait porter atteinte sans se rendre coupable d'un délit; que la ratification formelle ou tacite que Contamain prétend faire résulter de ce que ses clients, qui avaient signé l'acte de surenchère, ont reçu chacun leur part de la somme payée pour prix du désistement et de la destruction de cet acte, serait impuissante pour effacer le délit, puisque ses clients ne pouvaient lui conférer un droit qu'ils n'avaient pas eux-mêmes [1]. » La même décision s'appliquerait à l'adjudicataire qui aurait remis une somme d'argent à un créancier hypothécaire pour arrêter la surenchère que celui-ci avait l'intention de former [2].

2357. Les personnes qui ont agréé les dons ou les promesses doivent-elles être considérées et punies comme complices ? On peut dire pour la négative que ces personnes n'ont commis aucun acte constitutif de la complicité, qu'elles se sont seulement abstenues d'enchérir, lorsque rien ne les forçait de faire ces enchères; qu'il en est autrement du fonctionnaire ou du témoin qui, par suite d'un fait de corruption, s'abstient d'un acte de ses fonctions ou déguise son témoignage; l'un et l'autre

1 Cass., 16 oct. 1844, Bull. n. 352.
2 Cass., 18 mars 1848, Bull. n. 72.

manquent à un devoir; mais que l'enchérisseur n'enfreint aucune obligation ; et que la loi, qui renferme des dispositions particulières pour le témoin et le fonctionnaire, n'en contient point pour l'enchérisseur. Mais ces objections n'ont pas été admises par la jurisprudence. Un premier arrêt a admis que plusieurs individus qui étaient convenus à l'avance avec l'adjudicataire d'empêcher que le prix de ferme d'un bac excédât un certain taux, et de se partager la différence, si le prix était inférieur, devaient être considérés comme complices : « attendu que, d'après ces faits, l'entrave qui a été apportée à la liberté des enchères est l'œuvre commune de tous ceux qui ont pris part à la convention ; que si ceux qui sont restés titulaires de la ferme, par l'effet de l'adjudication, et ayant eu dès lors à payer les sommes convenues, doivent être considérés comme les auteurs principaux du délit, les autres doivent être punis en conformité des art. 59 et 60, comme s'en étant rendus les complices par aide et assistance, puisqu'ils ont volontairement donné à la fraude une coopération sans laquelle le délit n'aurait pu être consommé[1]. » Cet arrêt n'est pas très-explicite : est-ce un fait d'assistance, est-ce une coopération qu'il impose aux individus qui ont accepté une somme d'argent pour ne pas enchérir? Cette abstention peut-elle être assimilée à un fait d'aide à l'action ? En se laissant écarter, comme enchérisseurs, par dons ou promesses, se sont-ils rendus complices du délit qui consistait à les écarter? Mais cette thèse a été nettement affirmée par deux arrêts qui disposent : « que si l'art. 412, qui punit ceux qui par dons ou promesses écartent d'une adjudication un enchérisseur, ne prononce aucune peine contre celui qui vend ainsi sa retraite, ce silence ne peut profiter à ce dernier que si son acte ne constitue pas par lui-même une coopération au délit principal et, par suite, une complicité ; que le délit ne peut se commettre qu'autant que celui qui veut entraver la liberté des enchères et obtenir ainsi un gain illicite trouve un enchérisseur qui se puisse écarter; que cette complaisance intéressée n'est pas seulement une assistance apportée à l'auteur principal du délit, et dont celui-ci aurait pu se

[1] Cass., 12 mars 1841, Bull. n. 62.

passer, mais plutôt une sorte de coopération nécessaire sans laquelle ce délit ne saurait s'accomplir; que l'importance que prend le rôle de complice, et qui tient à la nature du fait même, ne peut admettre cette conséquence immorale d'effacer sa culpabilité et d'affranchir de toute peine celui qui a rendu le délit possible et qui pouvait l'empêcher en n'y adhérant pas; que la retraite de l'enchérisseur, innocente si elle est gratuite et spontanée, n'est pas seulement un acte négatif quand elle devient l'objet d'un pacte illicite et produit de la part des deux parties la violation commune de la loi [1]. »

2358. Une dernière question se présente dans cette matière. Le décret du 7 messidor an II punissait de la peine des fers le fonctionnaire qui prenait part à ces manœuvres. Le nouveau Code de Sardaigne a maintenu ce principe d'aggravation à l'égard des officiers préposés pour les enchères (art. 404). Cette distinction peut-elle être faite même sous l'empire de notre Code ? La négative est évidente. L'art. 412 renferme une disposition générale applicable à tous les agents qui se sont rendus coupables du délit, quelle que soit leur position; mais, aux termes de l'art. 198, les officiers publics chargés de surveiller les enchères, et qui auraient abusé de leurs fonctions pour entraver leur liberté, seraient punis du maximum de la peine portée par la loi.

Le Code de Sardaigne porte, dans son art. 403, que toutes conventions faites pour écarter les enchérisseurs sont nulles de plein droit, et que les adjudications qui auraient eu lieu au profit de ceux qui auraient pris part à ces conventions pourront être annulées à la diligence des intéressés. Ces deux dispositions n'existent point dans notre législation ; mais les points qu'elles décident se trouvent fixés par les règles générales du droit. Ainsi, d'une part, les conventions pour écarter les enchérisseurs, considérées comme illicites, ne pourraient avoir aucun effet; d'un autre côté, l'adjudication entachée de dol ou de fraude devrait être annulée, et la fraude résulterait sans aucun doute du seul fait d'avoir écarté des enchérisseurs par l'un des moyens que la loi a mis au nombre des délits.

[1] Cass., 8 janv. 1863, Bull. n. 8; 14 août 1863, Bull. n. 221.

CHAPITRE LXXIX.

VIOLATION DES RÈGLEMENTS RELATIFS AUX MANUFACTURES.

(*Commentaire des art.* 413, 417 *et* 418 *du Code pénal.*)

2359. Définition des matières qui font l'objet de ce chapitre.

§ Ier. — *Violation des règlements relatifs aux marchandises exportées.*

2360. Objet et motifs de l'art. 413.
2361. Conditions du délit prévu par cet article.
2362. La disposition pénale ne s'applique qu'aux produits qui s'exportent à l'étranger.

§ II. — *Embauchage des ouvriers et révélation des secrets de fabrique.*

2363. Embauchage des ouvriers d'une fabrique française pour un pays étranger (art. 417).
2364. L'embauchage des ouvriers d'une seule fabrique suffit pour constituer le délit.
2365. Mais le délit n'existe qu'à l'égard de l'embaucheur qui, avec fraude, a fait passer les ouvriers à l'étranger.
2366. Révélation des secrets de fabrique (art. 418). Modifications faites par la loi du 13 mai 1863.
2367. A quels faits s'applique cet article.
2368. Éléments du délit.
2369. Ne peuvent être réputés complices ceux qui profitent de la communication qu'ils n'ont pas provoquée.
2370. La qualité de l'agent peut être une circonstance aggravante.

2359. Au nombre des fraudes que le Code pénal a prévues, se trouvent celles qui portent préjudice, non pas seulement à des intérêts privés, mais au commerce et à l'industrie française en général. Le législateur a senti que la prospérité de l'Etat

était intimement liée à celle du commerce, et il a voulu prévenir les fraudes qui pouvaient y porter atteinte.

Nous réunirons dans ce chapitre les matières qui se rapportent plus particulièrement à cet objet : 1° la violation des règlements relatifs à l'exportation des marchandises; 2° les prohibitions relatives à l'embauchage des ouvriers pour l'étranger, et à la révélation des secrets de fabrique par ceux qui y sont employés.

§ Ier. — *Violation des règlements relatifs aux marchandises exportées.*

2360. Il est d'un grand intérêt pour le commerce en général que les produits des manufactures françaises ne soient pas discrédités à l'étranger par leur mauvaise qualité. La concurrence que ces produits soutiennent avec ceux des autres nations exige que leur fabrication soit exempte de toute fraude : la mauvaise foi de l'expéditeur ne nuit pas seulement à ses spéculations, elle rejaillit en pays étranger sur la nation entière à laquelle il appartient.

La loi du 22 germinal an II avait eu pour objet de prévenir les spéculations de cette espèce. Les art. 4 et 5 portaient : « Il pourra être fait, sur l'avis des chambres consultatives (des manufactures, fabriques, arts et métiers), des règlements d'administration publique relatifs aux produits des manufactures françaises qui s'exporteront à l'étranger. Ces règlements seront présentés en forme de projet de loi au Corps législatif dans les trois ans à compter du jour de leur promulgation. La peine de la contravention à ces règlements sera une amende qui ne pourra excéder trois mille francs, et la confiscation des marchandises. Les deux peines pourront être prononcées cumulativement ou séparément, suivant les circonstances. »

Ces dispositions ont été recueillies avec quelques modifications par le Code pénal.

« Lorsque les fraudes, porte l'exposé des motifs, ont pour but de tromper sur la qualité, les dimensions ou la nature de la fabrication, à l'égard des produits de nos manufactures qui s'exportent à l'étranger, un si grand mal ne doit pas rester

impuni. C'est pour cette raison que la loi du 22 germinal an II fut rendue. Les abus qu'elle prit soin de réformer avaient été l'objet de vives réclamations, et il ne fallait rien moins que la crainte d'une juste peine pour en arrêter le cours. »

L'art. 413 est ainsi conçu : « Toute violation des règlements d'administration publique relatifs aux produits des manufactures françaises qui s'exporteront à l'étranger, et qui ont pour objet de garantir la bonne qualité, les dimensions et la nature de la fabrication, sera punie d'une amende de deux mille francs au moins, de trois mille francs au plus, et de la confiscation des marchandises. Ces deux peines pourront être prononcées cumulativement ou séparément, suivant les circonstances. »

2361. Il résulte de ce texte que deux conditions principales sont exigées pour son application ; il faut : 1° qu'un règlement relatif aux produits qui s'exportent à l'étranger ait été violé ; 2° que cette violation concerne la bonne qualité, les dimensions ou la nature de la fabrication.

Le règlement doit intervenir sur l'avis des chambres consultatives des manufactures, en forme de règlement d'administration publique, c'est-à-dire par décret impérial rendu avec l'avis du Conseil d'État. Il est nécessaire que ces règlements soient convertis en lois dans les trois ans de leur promulgation, d'où l'on doit conclure qu'après cette époque ils cesseraient d'être obligatoires.

Les seules dispositions de ces règlements, dont la violation peut entraîner une peine, sont celles qui ont pour objet de garantir la bonne qualité, les dimensions et la nature de la marchandise. Il ne suffirait donc pas que cette marchandise fût mal fabriquée, si sa qualité n'est pas mauvaise, si sa nature est sincère, et ses dimensions exactes, pour qu'il y eût lieu à l'application d'une peine. La loi ne punit que la fraude, et non la maladresse ou l'ignorance ; et elle ne punit qu'une espèce de fraude, celle qui porte sur les points qu'elle indique.

2362. L'art. 413 ne fait mention que des produits *qui s'exportent à l'étranger*. La commission du Corps législatif avait proposé, en examinant le projet du Code, de substituer à ces mots ceux-ci : *destinés à l'exportation ou à la vente à l'intérieur*. Elle pensait « qu'il serait nécessaire non-seulement d'exprimer

le cas de *l'exportation à l'étranger* des marchandises dont la fabrication serait contraire aux règlements, mais encore d'appliquer la mesure aux marchandises de cette espèce qui seraient mises en vente ou en dépôt *dans l'intérieur*. Autrement l'avantage que l'on se propose ne se trouverait qu'à demi, et l'on pourrait faire impunément circuler ces marchandises pour la consommation intérieure. » Cette proposition fut rejetée par le Conseil d'État [1]. L'article ne s'applique donc, et d'ailleurs son texte n'est pas douteux, qu'aux marchandises destinées à l'exportation. Mais suffit-il qu'elles aient cette destination ? Est-il nécessaire, de plus, qu'elles soient expédiées et saisies dans le cours de l'exportation ? M. Carnot n'hésite pas à répondre affirmativement [2] ; M. Rauter suit la même opinion ; mais il ajoute néanmoins que la peine serait applicable dans le cas où les produits sont, sinon déjà expédiés, du moins emballés avec désignation de la destination à l'étranger [3]. On doit d'abord remarquer que la marchandise n'est pas en cours d'expédition parce qu'elle est emballée ; l'emballage n'est qu'un indice et non une preuve de la destination. La certitude de la destination, voilà donc l'élément nécessaire du délit ; dès que cette destination est certaine, l'infraction peut être constatée et punie. S'il en était autrement, toute répression serait vaine : car l'exportation ne commence qu'au départ de la marchandise, et par conséquent au moment où la vérification devient impossible. Le texte ne s'oppose pas d'ailleurs à cette interprétation, car ces mots, *qui s'exporteront*, empruntés à la loi du 22 germinal an II, avaient bien certainement dans cette loi ce sens, *destinés à l'exportation ;* ils ont donc conservé cette signification, et l'exposé des motifs vient à l'appui, puisqu'il parle en général des produits *qui s'exportent* à l'étranger.

§ II. — *Embauchage des ouvriers et révélation des secrets de fabrique.*

2363. Deux actes qui sont également de nature à nuire à

[1] Procès-verbaux du Conseil d'État, séance du 18 janv. 1810.
[2] Comm. du Code pénal, t. 2, p. 410.
[3] Traité du dr. crim., t. 2, p. 162.

l'industrie en général, en même temps qu'à des établissements de commerce en particulier, ont encore été incriminés : ce sont les embauchages d'ouvriers pour l'étranger, et la révélation des secrets de fabrication par ceux qui y sont employés.

L'exposé des motifs explique en ces termes la première de ces incriminations : « La loi regarde comme coupable de délit celui qui, dans la vue de nuire à l'industrie française, fait passer en pays étranger des directeurs, des ouvriers ou commis d'un établissement. Si chacun doit être libre de faire valoir son industrie et ses talents partout où il croit pouvoir en retirer plus d'avantage, il convient de punir celui qui débauche des hommes nécessaires à un établissement, non pas pour procurer à ces hommes un plus grand bien souvent incertain, mais pour assurer la ruine de l'établissement même. Ces actes de méchanceté sont punis de peines de police correctionnelle. »

L'art. 417 du Code pénal est ainsi conçu : « Quiconque, dans la vue de nuire à l'industrie française, aura fait passer en pays étranger des directeurs, commis ou des ouvriers d'un établissement, sera puni d'un emprisonnement de six mois à deux ans, et d'une amende de cinquante francs à trois cents francs. »

2364. Le projet primitif du Code portait : *Quiconque, dans la vue de nuire à un établissement français*... Un membre du Conseil d'État proposa de remplacer les mots *à un établissement français*, par ceux-ci, *à l'industrie française*, et cet amendement fut adopté sans observation [1]. Le but de cette modification fut sans doute de généraliser l'article, de ne pas le renfermer dans les limites d'un intérêt privé froissé. Mais faut-il conclure que l'intention de léser cet intérêt particulier ne suffirait pas pour constituer le délit? que ce délit ne peut exister que par l'intention de porter préjudice à l'industrie en général? M. Carnot répond affirmativement : « C'est de l'industrie française considérée sous ses rapports généraux que le Code s'occupe, et non pas de quelques intérêts individuels [2]. » Cette restriction est trop absolue. Les rapports entre l'intérêt

[1] Procès-verbaux du Conseil d'État, séance du 12 sept. 1809.

[2] Comm. du Code pénal, t. 2, p. 417.

général de l'industrie et l'intérêt d'un établissement industriel sont trop intimes pour qu'il soit facile de les distinguer. En voulant nuire à un seul établissement, on peut porter préjudice à l'industrie qu'il exploite, et cela doit même nécessairement arriver dans le cas d'embauchage d'ouvriers à l'étranger, puisque cet embauchage prive de ses instruments l'atelier auquel ils étaient attachés, et élève une concurrence à l'industrie elle-même en la faisant fleurir sur le sol étranger. Cette interprétation est confirmée par les paroles de l'exposé des motifs qui ont été rapportées plus haut.

D'ailleurs, si l'on n'admettait pas que le préjudice porté à un seul établissement peut fonder la poursuite, il s'ensuivrait que le propriétaire de l'établissement lésé ne pourrait pas porter plainte et se constituer partie civile, puisque le préjudice qu'il aurait éprouvé ne suffirait pas pour constituer le délit. Or, comment le priver d'un droit que la loi accorde à toute partie lésée par un fait prévu dans la loi pénale, lorsque aucune exception ne résulte de ses dispositions? Ce point fut, au reste, positivement éclairci dans les discussions du Conseil d'Etat. M. de Cessac demanda si l'on entendait priver la personne lésée du droit de demander des dommages-intérêts. M. Treilhard répondit que la réparation civile était de droit [1].

2365. Toutefois, il ne faut pas perdre de vue que ce que la loi punit, c'est l'intention de nuire à une industrie quelconque, et par conséquent la fraude qui se manifeste par l'embauchage des ouvriers d'une fabrique. Si cette fraude n'existe pas, si ce n'est pas dans le but d'élever une concurrence ou de porter préjudice que l'embauchage a été pratiqué, ce fait cesse d'être punissable. Ainsi, le fabricant qui, voulant fonder à l'étranger un établissement semblable à celui qu'il possède en France, y ferait passer ses ouvriers, ne serait point passible des peines de la loi. Enfin, il faut remarquer: 1° que l'article n'incrimine que l'agent *qui a fait passer* des ouvriers à l'étranger; la simple intention ne suffirait pas; il est nécessaire que les conventions aient été non-seulement consenties, mais suivies d'exécution; 2° que les directeurs, les commis ou les

[1] Procès-verbaux du Conseil d'État, séance du 3 déc. 1808.

ouvriers embauchés ne sont, dans aucun cas, passibles d'aucune peine. En effet, ils ne font que céder à l'appât d'un salaire plus élevé ; ils ne se rendent coupables d'aucune fraude.

2366. Le deuxième délit, quoiqu'il ait pour objet des faits parfaitement analogues, est empreint cependant d'une gravité plus grande. La loi prévoit ici le cas où les directeurs, les commis et les ouvriers se rendent eux-mêmes coupables de fraude vis-à-vis de la fabrique où ils sont employés : c'est une sorte de vol domestique, d'autant plus répréhensible qu'il est commis au profit des pays étrangers.

La loi du 13 mai 1863 a apporté à cet article une double modification : elle a correctionnalisé l'infraction qu'il prévoit, et elle y a ajouté une disposition nouvelle.

Art. 418. Tout directeur, commis, ouvrier de fabrique, qui aura communiqué ou tenté de communiquer à des étrangers ou à des Français résidant en pays étranger des secrets de la fabrique où il est employé, sera puni *d'un emprisonnement de deux ans à cinq ans et d'une amende de cinq cents francs à vingt mille francs.* — Il pourra, en outre, être privé des droits mentionnés en l'art. 42 du présent Code pendant cinq ans au moins et dix ans au plus, à compter du jour où il aura subi sa peine. Il pourra aussi être mis sous la surveillance de la haute police pendant le même nombre d'années. — Si ces secrets ont été communiqués à des Français résidant en France, la peine sera d'un emprisonnement de trois mois à deux ans et d'une amende de seize francs à deux cents francs. — *Le maximum de la peine prononcée par les paragraphes 1er et 3 du présent article sera nécessairement appliqué, s'il s'agit de secrets de fabriques d'armes et munitions de guerre appartenant à l'État.*

L'exposé des motifs s'exprime en ces termes :

« Cette pénalité (la peine de la reclusion) est d'une époque où le patriotisme, surexcité par les circonstances, était singulièrement ombrageux en matière de secrets de fabrication. Nous croyons cette disposition un peu changée par le caractère nouveau des relations internationales, par l'esprit de rivalité pacifique substitué à celui des anciennes luttes, et par les conditions nouvelles faites aux inventeurs. — Sans doute cette révélation des secrets de la fabrique qui vous emploie reste toujours un acte condamnable, un abus de confiance ; c'est pourquoi l'on maintient le principe de l'incrimination, et l'on ne change rien au § 2. — On ne méconnaît pas non plus que la révélation à l'*étranger* n'ait quelque chose de plus grave ; c'est la raison qui fait porter l'emprisonnement à cinq ans, et conserver cette amende si forte de vingt mille francs, qui est de toutes les peines la mieux appropriée : mais l'infraction, quoique aggravée, n'a pas l'in-

tensité morale d'un *crime*. — Il faut bien s'avouer que l'esprit de notre temps n'est pas très-favorable aux *secrets* de fabrication. L'art. 418 suppose nécessairement deux choses : qu'il y avait un secret et un droit exclusif. L'un et l'autre peuvent exiger des appréciations d'autant plus difficiles que nos lois subordonnent le *droit exclusif* à des conditions qui semblent inconciliables avec le secret : ces appréciations seront mieux faites par les magistrats que par le jury. — Néanmoins il peut se présenter un cas affranchi de ces difficultés, et par rapport auquel les justes exigences du sentiment national n'ont rien perdu de leur opportunité : c'est le cas où le *secret* est celui d'une fabrique d'armes ou de munitions de guerre appartenant à l'État ; après avoir hésité à maintenir pour celui-là la peine de la reclusion, il a paru suffisant, et plus conséquent aux raisons générales du projet, de marquer la gradation par le *maximum* des peines correctionnelles. C'est l'objet d'un paragraphe final ajouté à l'article. »

Le rapport se borne à reproduire ces observations dans les termes suivants :

« Il paraît rigoureux d'élever au rang des crimes la simple révélation d'un secret, et l'on peut se contenter de la punir d'une peine correctionnelle. D'ailleurs, le jugement de cette infraction devient le plus souvent d'une appréciation délicate et difficile. Le délit n'existe que si les moyens de fabrication révélés sont véritablement des secrets, c'est-à-dire s'ils appartiennent exclusivement à la fabrique, s'ils ont été inventés pour elle, s'ils lui ont été spécialement appliqués : or, ce sont là autant de questions rentrant dans le domaine du droit, et dont les tribunaux correctionnels seront les meilleurs juges. Il est un cas où l'intérêt national peut être plus gravement engagé : c'est celui où la révélation porte sur des secrets de fabrication d'armes et munitions de guerre appartenant à l'Etat. Par une innovation que nous approuvons, le projet marque la gradation de la criminalité, en appliquant à ce cas le maximum de la peine. »

2367. Cet article porte donc deux cas : celui où les secrets de la fabrique ont été livrés à des Français résidant en France, et celui où ils ont été livrés à des étrangers ou à des Français résidant en pays étranger. Dans le premier cas, l'agent ne fait point tort aux fabriques nationales en général, mais il préjudicie en particulier à la fabrique à laquelle ce secret appartient ; il enlève à l'un le fruit de son invention pour enrichir un autre à qui cette invention est étrangère : la loi le punit d'une peine correctionnelle. Dans le second cas, ce n'est plus seulement à un particulier qu'il fait tort : il nuit à la nation entière qu'il prive d'une source de richesses ; il trahit son pays en même temps qu'un intérêt privé ; le préjudice et la moralité du délit

s'aggravent. La loi élève cette action au rang des crimes, et prononce la peine de la reclusion.

2368. Les éléments de ce délit sont clairement indiqués : le premier est la communication des *secrets* de la fabrique. La condition essentielle du délit est donc que les moyens de fabrication qui ont été l'objet de la communication soient des *secrets*, c'est-à-dire appartiennent exclusivement à la fabrique, aient été inventés pour elle, lui aient été spécialement appliqués. Il est évident que si le fabricant n'a fait qu'établir dans sa manufacture des instruments ou des moyens déjà employés ailleurs, la communication de ces moyens ne peut lui causer aucun préjudice ; ils sont connus, ils ne lui appartiennent pas en propre.

La deuxième condition du délit est que la communication ait été *frauduleuse ;* car tout délit suppose nécessairement la fraude, et le fait dont il s'agit prend même dans certains cas le caractère d'un crime. Si donc l'agent avait agi de bonne foi et sans intention de nuire, son action, bien que préjudiciable et susceptible d'engager sa responsabilité civile, ne serait pas un délit. Mais il importe peu qu'il ait profité de sa communication, la loi n'a point exigé cette condition.

2369. Ces deux conditions du délit sont implicitement consacrées dans un arrêt qui, en les appliquant à un complice du délit, déclare, « que le seul fait de recevoir d'un commis ou ouvrier communication d'un secret de la fabrique dans laquelle il est employé, fait en lui-même purement passif, ne suffit pas pour constituer la complicité du délit prévu par l'art. 418 ; qu'il faut de la part du prévenu de complicité quelque acte direct de provocation ou d'assistance dans les termes de l'art. 60 ; que cet acte doit précéder ou accompagner la communication par laquelle se consomme le délit, et que la complicité ne peut résulter d'un acte postérieur ; que le seul fait reconnu par l'arrêt attaqué à la charge du prévenu, c'est d'avoir, sachant que le secret à lui communiqué par Philippe, ouvrier de Peltier, était la propriété de ce dernier, cherché à l'exploiter et à en tirer parti à l'aide d'un brevet d'invention pris à cet effet ; que ce fait étant postérieur à la consommation du

délit, c'est avec raison que la Cour a refusé de punir le prévenu comme complice du délit commis par Philippe[1]. »

2370. Le dernier élément du délit est la *qualité* même de l'agent : la loi ne s'applique qu'aux *directeurs*, *commis* ou *ouvriers* d'un établissement industriel. Ceux-là seulement qui connaissent les secrets de la fabrique, à raison de leurs fonctions, trahissent leur devoir en les communiquant. Il est donc nécessaire que cette qualité soit exprimée par le jugement.

La révélation prend le caractère d'un crime par cela seul qu'elle est faite à une personne *résidant en pays étranger ;* la loi ne distingue point si cette personne est un étranger, ou un Français résidant à l'étranger ; le préjudice est le même dès que sa résidence est hors de France ; car c'est la translation en pays étranger des secrets de la fabrication française qui peut nuire au pays.

[1] Cass., 14 mai 1842, Bull. n. 122.

CHAPITRE LXXX.

DES COALITIONS.

(*Commentaire des art. 414, 415, 416, 419 et 420 du Code pénal.*)

2389. Propagation de faits faux et calomnieux.
2390. Suroffres faites au prix que demandaient les vendeurs eux-mêmes.
2391. Coalitions entre les détenteurs d'une même marchandise pour ne pas la vendre, ou ne la vendre qu'à un certain prix.
2392. Il faut entendre par détenteurs les fabricants aussi bien que les débitants.
2393. Quel est le sens, dans l'art. 419, des mots marchandises et denrées. Jurisprudence sur ce point.
2394. Examen de la jurisprudence et explication du texte de la loi.
2395. L'explication proposée est fondée sur les termes et les différentes dispositions de la loi.
2396. Application de l'art. 419 à toutes les choses commerciales, aux transports, aux assurances.
2397. Législation spéciale relative aux chemins de fer : distinction entre la hausse ou la baisse de leurs tarifs et celles du prix des voitures qui desservent leurs stations.
2398. Emploi de moyens frauduleux quelconques pour assurer le but de la coalition.
2399. Le deuxième élément du délit est la hausse ou la baisse du prix des denrées au-dessus ou au-dessous du prix fixé par la libre concurrence.
2400. Que faut-il entendre par une concurrence naturelle et libre ?
2401. Peines applicables au délit.
2402. Dispositions spéciales au cas où la coalition a pour objet le commerce des grains (art. 420).

2371. Cette matière soulève les questions les plus ardues de l'économie politique. L'incrimination des coalitions, soit des maîtres, soit des ouvriers, semble supposer en effet la solution de l'un des problèmes les plus graves de notre temps, l'organisation du travail. Et puis comment admettre la répression d'une association commerciale qui a pour but de produire une hausse ou une baisse factice des marchandises, si les limites qui restreignent le principe de la liberté du commerce et de la concurrence ne sont pas posées avec précision ? Le Code pénal a-t-il donc sondé ces hautes et difficiles questions avant d'inscrire ces faits au rang des délits? A-t-il prétendu les résoudre? A-t-il voulu déterminer les droits respectifs du maître et des ouvriers, tracer le cercle où se meut l'action industrielle, et renfermer la concurrence dans de certaines bornes? On ne doit point le penser. Il suffit de se reporter aux motifs exprimés par le législateur de 1810 lors de la rédaction des art. 414, 415, 416 et 419 du Code pénal, pour être convaincu qu'il n'a

pas même entrevu les problèmes économiques qu'il touchait en passant. Il n'a été frappé, en rédigeant le Code, que par le trouble extérieur que produisent les coalitions et qui réagit sur l'ordre social, et par la fraude qu'il s'est efforcé d'atteindre toutes les fois qu'elle est la cause déterminante des transactions, et qu'elle se manifeste par des manœuvres qui permettent de la constater. Il ne faisait point un règlement pour le commerce ; il ne se préoccupait ni des débats des maîtres et des ouvriers, ni de la légitimité de la concurrence. Il s'est borné à prévoir deux faits qui peuvent sortir de ces débats ou de cette concurrence, les faits de violence et de fraude, quand ils ont pour but d'exiger du travail ou de l'industrie des résultats exagérés.

2372. Nous n'avons point, quant à nous, à nous préoccuper des thèses économiques qui se sont agitées au sujet de la liberté commerciale, et des droits respectifs des ouvriers et des maîtres. Quelles que soient les règles que l'avenir posera sur cette matière, le pouvoir social devra toujours réprimer les désordres matériels et les manœuvres frauduleuses à l'aide desquels la cupidité essayera d'exploiter le travail ou les conventions commerciales. Notre seule mission et notre seul but sont d'expliquer ces dispositions répressives, de fixer leur véritable sens, et de tracer le cercle de leur application.

Le Code pénal prévoit deux espèces de coalition : celle qui se forme soit entre les maîtres pour abaisser les salaires des ouvriers, soit entre les ouvriers pour suspendre et enchérir les travaux ; et celle qui se forme entre les commerçants pour opérer la hausse ou la baisse d'une certaine marchandise, au-dessus ou au-dessous du prix fixé par la libre concurrence du commerce.

Nous allons examiner dans deux sections distinctes ces deux espèces de délits.

§ 1er. — *Des coalitions formées soit entre les maîtres, soit entre les ouvriers.*

2373. Dans l'ancien droit, ce délit n'existait pas : les citoyens d'une même profession étaient réunis en corporation,

et cette corporation avait ses assemblées, ses délibérations, ses arrêtés. Il s'ensuivait dans le sein de chaque état une sorte de coalition perpétuelle qui imposait régulièrement des lois à tous les membres de cet état. Les corporations furent abolies par la loi des 2-17 mars 1791 ; et celle du 14 juin suivant proscrivit aussitôt les assemblées et délibérations des citoyens d'une même profession. L'art. 7 de cette dernière loi proclamait même perturbateurs du repos public *ceux qui useraient de menaces ou de violences contre les ouvriers*, et l'art. 8 déclarait séditieux les attroupements composés d'ouvriers contre le libre exercice de l'industrie ou du travail.

L'art. 6 de la loi du 22 germinal an II prévit, en termes formels et pour la première fois, la coalition des maîtres contre les ouvriers, ayant pour but l'abaissement des salaires : cette disposition a été textuellement reproduite par le Code pénal de 1810. L'art. 414 était ainsi conçu : « Toute coalition entre ceux qui font travailler des ouvriers, tendant à forcer injustement et abusivement l'abaissement du salaire, suivie d'une tentative ou d'un commencement d'exécution, sera punie d'un emprisonnement de six jours à un mois, et d'une amende de deux cents à trois mille francs. » Voici en quels termes le rapporteur du Corps législatif motivait cet article : « Ceux qui emploient des ouvriers pourront s'entendre pour opérer l'abaissement injuste et arbitraire des salaires, et vous voyez de suite les fâcheuses conséquences d'un tel système. Ces utiles collaborateurs de chefs d'entreprise, privés d'une partie du prix raisonnable de leur travail, ne pourront plus pourvoir à leur subsistance et à celle de leur famille, la proportion entre leur gain et le taux des denrées étant détruite : de là, mécontentement, dégoût, moins de soins donnés à des choses qui en exigent tant, détérioration dans la fabrication, enfin peut-être cessation partielle ou même totale du travail. Résultats funestes pour les ouvriers, pour les maîtres eux-mêmes, et par contrecoup pour l'Etat, dont la principale richesse consiste dans le travail, l'industrie, l'ardeur du perfectionnement, l'activité soutenue de tous ses membres, chacun dans sa profession. »

2374. La loi du 27 novembre 1849, qui a modifié les art. 414, 415 et 416 du Code pénal, avait introduit dans le

système de l'incrimination et dans les termes de ces articles quelques graves innovations. Le système du Code avait été d'établir une véritable inégalité entre les patrons et les ouvriers quant à la répression des coalitions. Le système de la loi nouvelle est de ramener les uns et les autres sous la règle d'une parfaite égalité. Le rapport présenté à l'Assemblée législative s'exprimait en ces termes : « Cette égalité doit exister sous deux rapports : 1° quant à la définition du délit ; 2° quant à la pénalité. Au premier de ces deux points de vue, il existe aujourd'hui une inégalité entre les chefs d'atelier et les ouvriers. L'art. 414 ne punit les premiers que lorsque c'est *injustement et abusivement* qu'ils ont entrepris de *forcer l'abaissement des salaires ;* l'art. 415, relatif à la coalition des ouvriers, ne reproduit pas les mots *injustement et abusivement.* Deux moyens se présentent pour faire disparaître cette inégalité : le premier consiste à insérer dans l'art. 415 les mots *injustement et abusivement ;* le second consiste à les effacer de l'art. 414. Ce dernier parti a paru préférable à l'autre. Il lui a semblé que les mots *injustement et abusivement* n'auraient pas dû être écrits dans l'art. 414. Comment admettre, en effet, qu'une coalition formée par un chef d'atelier, et ayant pour but de forcer l'abaissement des salaires, puisse ne pas être injuste et abusive ? Le seul mot de coalition implique l'idée d'un pacte répréhensible. L'art. 123, relatif à la coalition des fonctionnaires publics, définit cette coalition *un concert de mesures contraires aux lois*, et, malgré les différences du caractère des personnes, cette définition peut s'appliquer à tous les genres de coalition. De plus, quand ce concert de mesures contraires aux lois a été établi pour forcer l'abaissement des salaires, il est impossible de le justifier. Un tel fait est nécessairement injuste et abusif; car forcer l'abaissement des salaires, c'est produire, par un pacte aussi illicite que contraire à l'humanité, un abaissement de salaires qui ne serait pas résulté des circonstances industrielles et de la libre concurrence ; d'où il suit que l'emploi des mots *injustement et abusivement* choque le bon sens. Ces expressions doivent disparaître, soit qu'on les considère comme une simple redondance, soit qu'on les envisage comme pouvant avoir pour effet de détruire la criminalité d'une coalition formée entre des chefs

d'atelier pour forcer l'abaissement des salaires, résultat qui blesserait la raison et l'équité. »

L'art. 414, rectifié par la loi du 27 novembre 1849, était ainsi conçu :

« Art. 414. Sera puni d'un emprisonnement de six jours à trois mois et d'une amende de 16 à 10,000 francs : — 1° toute coalition entre ceux qui font travailler des ouvriers, tendant à forcer l'abaissement des salaires, s'il y a eu tentative ou commencement d'exécution ; — 2° toute coalition de la part des ouvriers pour faire cesser en même temps de travailler, interdire le travail dans un atelier, empêcher de s'y rendre avant ou après certaines heures, et en général pour suspendre, empêcher, enchérir les travaux, s'il y a eu tentative ou commencement d'exécution. — Dans les cas prévus par les deux paragraphes précédents, les chefs ou moteurs seront punis d'un emprisonnement de deux ans à cinq ans. »

Nous rapportons ce texte aujourd'hui abrogé par la loi du 25 mai 1864 pour qu'on puisse apprécier les différentes phases que la législation a traversées.

2375. La loi du 25 mai 1864, après avoir déclaré que les art. 414, 415 et 416 sont abrogés, formule le système nouveau qu'elle prescrit dans les termes suivants :

« Art. 414. Sera puni d'un emprisonnement de six jours à trois ans et d'une amende de 16 à 3,000 fr. ou l'une de ces deux peines seulement, quiconque, à l'aide de violences, voies de fait, menaces ou manœuvres frauduleuses, aura amené ou maintenu, tenté d'amener ou de maintenir, une cessation concertée de travail, dans le but de forcer la hausse ou la baisse des salaires ou de porter atteinte au libre exercice de l'industrie et du travail. »

Le système de la loi est nettement exposé dans le rapport fait au Corps législatif par M. Emile Ollivier :

« Désormais la coalition des patrons ou celle des ouvriers est absolument libre : c'est le point de départ de la loi. On a proposé de distinguer entre les coalitions justes et les coalitions abusives : nous n'avons pas admis cette distinction. Abusive ou non, juste ou injuste, la coalition est permise. D'autres ont demandé que la séparation fût établie entre les coalitions factices, violentes ou frauduleuses et les coalitions naturelles, paisibles et sincères, et que les secondes étant licites, les premières ne le fussent pas ; nous n'avons pas davantage adopté cette distinction. La coalition violente, factice, frauduleuse, ne tombera pas plus sous le coup de la loi que la coalition naturelle, paisible et sincère. Les auteurs des violences et des fraudes seront poursuivis et punis ; la coalition sera respectée.

Nous n'avons pas voulu que, sous le prétexte de rechercher les caractères d'une coalition et de s'enquérir si elle juste ou injuste, abusive ou équitable, violente ou paisible, frauduleuse ou sincère, l'autorité judiciaire ou administrative pût reprendre indirectement ce qui lui est retiré directement. Ni la commission, ni le gouvernement, qui s'est associé à ses vues, n'ont voulu faire une œuvre équivoque, retenir en ayant l'air de donner, cacher des piéges sous des apparences de liberté. Cette loi est loyale et sans arrière-pensées ; elle accorde ce qu'elle promet, elle réalise avec courage un progrès considérable poursuivi en vain depuis la révolution. Les art. 414 et 415 sont abrogés : l'art. 1er le proclame en termes formels. Ceux qui les remplacent ne modifient pas l'ancien délit de coalition ; ils en créent un nouveau : l'atteinte à la liberté du travail. Loin d'être une restriction au droit de se coaliser, ils en sont la garantie. »

2376. Les éléments du nouveau délit sont clairement indiqués par le texte de l'article et par ce rapport. Deux conditions sont exigées ; il faut qu'il y ait des violences, des voies de fait, des menaces, des manœuvres frauduleuses, consommées et constatées ; il faut que ces violences ou ces fraudres constatées aient eu pour but de porter atteinte, par une cessation simultanée du travail, à la liberté soit du patron, soit de l'ouvrier. Dès que l'une de ces deux conditions manque, le délit n'existe pas.

Nous avons défini dans le cours de ce commentaire quels sont les faits que la loi a qualifiés de violences, de voies de fait, de menaces et de manœuvres frauduleuses. La loi nouvelle s'est référée au sens légal et habituel de ces expressions ; le rapport le déclare expressément. Il cite à l'appui, en ce qui concerne les manœuvres frauduleuses, quelques hypothèses qu'il ne sera pas inutile de consigner ici :

« Des ouvriers travaillent en paix : plusieurs de leurs camarades ayant résolu de faire grève, les attendent à la sortie de leur atelier ; ils les pressent d'imiter leur exemple, promettent leur assistance, étalent avec exagération les chances de succès, le nombre des adhérents, exaltent la justice de leur cause : dans tous ces actes ou autres analogues, il y a l'exercice bon ou mauvais d'un droit et non l'emploi de manœuvres frauduleuses. Au contraire, un chef d'industrie, voulant ruiner son concurrent, ou des agitateurs politiques, désireux de jeter dans la rue à un jour donné une quantité considérable de peuple, soudoient des ouvriers afin qu'ils fassent cesser simultanément le travail dans un ou plusieurs ateliers ; des organisateurs d'une grève, pour triompher des résistances, affirment des faits qu'ils savent mensongers ; ils attribuent au patron des résolutions qui n'ont pas été prises ; ils annoncent le succès dans la ville voisine de prétentions analogues aux leurs, alors qu'il n'en est rien et qu'ils le savent ; ces divers actes constituent

des manœuvres frauduleuses. Les mêmes hypothèses renversées indiqueront en quoi consistent les manœuvres frauduleuses de la part des patrons. »

La deuxième condition, qui doit s'ajouter aux violences, menaces ou manœuvres frauduleuses pour constituer le délit, est l'atteinte à la liberté du travail, en d'autres termes, au libre exercice de l'industrie ou du travail. « Ordinairement, dit le rapport, cette atteinte consistera, de la part des patrons, à vouloir injustement abaisser le salaire; de la part des ouvriers, à tenter abusivement de l'élever. Elle pourra porter sur les autres conditions du travail, sur le travail à la tâche substitué au travail à la journée, sur la durée des heures de travail; elle se manifestera quelquefois par la résistance opposée à l'introduction d'une nouvelle machine ou à l'admission des apprentis. »

On doit remarquer qu'il existe une différence essentielle entre l'une et l'autre de ces deux conditions : d'après le texte de l'art. 414, le délit n'existe pas si les faits de violence ou de fraude n'ont pas été consommés; la tentative ne suffirait pas. Il existe, au contraire, si l'atteinte à la liberté du travail par l'abandon simultané des ateliers a été simplement tentée : « La gravité du danger social, dit le rapport, le caractère sacré du droit violé nous ont décidé à admettre sur ce dernier point la criminalité de la tentative. Il est bien entendu que la tentative prévue par nous est celle définie par l'art. 2. Afin qu'il n'existe aucun doute sur cette signification de la loi, nous avons écarté le mot de *provocation* qui ne se référait qu'à des actes préparatoires, et nous n'avons pas reproduit les expressions de l'ancien article 414 : *Suivis d'une tentative ou d'un commencement d'exécution.* » Le rapport ajoute : « Nous avons ajouté au mot *amener* une cessation de travail, celui de *maintenir :* amener une grève qui n'existe pas ou en maintenir une qui existe, c'est accomplir une action identique. »

2377. L'art. 415 prévoit une circonstance aggravante du délit :

« Art. 415. Lorsque les faits punis par l'article précédent auront été commis par suite d'un plan concerté, les coupables pourront être mis, par l'arrêt ou le jugement, sous la surveillance de la haute police pendant deux ans au moins et cinq ans au plus. »

Il y a lieu de remarquer que la loi, en édictant les peines du délit, a voulu laisser aux juges la faculté de ne prononcer qu'une simple amende. « Sachant, dit le rapport, combien la prison est une peine cruelle pour l'ouvrier, dont la famille se trouve privée de pain par la détention de son chef, nous avons voulu que le *minimum* pût descendre jusqu'à n'être qu'une simple amende. » Nous devons noter aussi que la circonstance aggravante attachée à la qualité de chefs ou moteurs de la coalition n'a point été maintenue. « Il ne nous a pas semblé bon, dit le rapport, d'édicter une aggravation particulière contre les meneurs. S'il y a des meneurs pour exciter, il y en a pour retenir. En essayant d'atteindre les premiers, on s'expose à décourager les seconds. Nous n'avons pas voulu que, lorsque des ouvriers pleins de bonne volonté auront été choisis par leurs camarades comme étant plus capables que d'autres de débattre avec les patrons les questions de travail, ils soient nécessairement punis avec une sévérité particulière si plus tard, la lutte les ayant entraînés, ils se sont abandonnés à quelque acte de violence ou de fraude. »

La circonstance aggravante, qui fait l'objet de l'art. 415, résulte de ce que plusieurs personnes se sont concertées pour commettre le délit prévu par l'art. 414. Cette entente a paru constituer une aggravation de la culpabilité, et la loi a trouvé sur ce point une analogie dans les art. 109 et 110. De même que dans l'art. 110, l'aggravation de peine consiste dans la faculté pour le juge de placer le prévenu sous la surveillance de la haute police, mais il eût été préférable que cette peine accessoire, qui devrait être réservée aux criminels qui menacent la sûreté publique, ne fût pas appliquée à des agents qu'une question de salaire a seule agités.

Au reste, les faits prévus par cet article sont les mêmes que ceux prévus par le précédent, avec un élément de plus, le concert prémédité entre plusieurs. La violence, les manœuvres frauduleuses, au lieu d'émaner d'un seul, sont le résultat d'une entente entre plusieurs, et d'une espèce de complot. « Il s'est passé ceci, a dit le rapporteur : plusieurs personnes, après avoir vainement tenté de produire une coalition, se réunissent et disent : l'obstacle à nos projets, c'est la résistance de tel per-

sonnage, ouvrier ou non, qui exerce une certaine influence sur les autres ; ne pouvant le vaincre autrement, ayons recours ensemble à tel ou tel moyen, à la violence, à la menace, à la fraude. Le concert ne porte pas sur une question de travail, sur l'abandon des ateliers, ce qui est licite. Il porte sur l'emploi par plusieurs de la violence, de la menace ou de la manœuvre frauduleuse pour contraindre des ouvriers qui résistent à entrer dans une grève. N'est-il pas évident que lorsque plusieurs personnes commettent une violence après s'être entendues, leur acte est plus coupable et plus dangereux que lorsque le délit est le fait d'une seule personne ou de plusieurs qui ne se sont pas préalablement concertées ? L'art. 415 ne dit pas : lorsque les faits auront été commis dans une coalition, ou lorsqu'ils seront le résultat d'un plan concerté pour arrêter le travail ; non, mais lorsque les faits auront été commis *par suite* d'un plan concerté, à une telle disposition on ne peut faire aucune objection raisonnable. »

2378. L'art. 416, reprenant en le modifiant l'ancien art. 415, est ainsi conçu :

« Art. 416. Seront punis d'un emprisonnement de six jours à trois mois et d'une amende de 16 à 500 fr. ou de l'une de ces deux peines seulement, tous ouvriers, patrons et entrepreneurs d'ouvrage qui, à l'aide d'amendes, défenses, proscriptions, interdictions prononcées par suite d'un plan concerté, auront porté atteinte au libre exercice de l'industrie ou du travail. »

Le rapport a précisé en ces termes les conditions de cette incrimination : « Le délit n'existe que si les amendes, défenses, proscriptions, interdictions sont prononcées en exécution d'un accord préalable, d'un concert. Nous avons exigé comme seconde condition que les amendes, défenses, proscriptions, interdictions, aient porté atteinte à la liberté du travail. La tentative ne suffirait pas, ni même le *prononcé*, ainsi que le disait l'ancien art. 416. Au prononcé doit se joindre la preuve qu'en fait le libre exercice de l'industrie ou du travail a été empêché. »

Dans la discussion du Corps législatif, le rapporteur a ajouté : « L'article atteint un certain nombre de faits d'intimidation. Ces faits sont des amendes, des défenses, des proscriptions ou

des interdictions, expressions qui, dans le langage des ateliers, ont une signification tellement claire qu'elles n'ont jamais donné lieu à la moindre difficulté. Quand ces faits se seront produits, l'art. 416 sera-t-il applicable? Non, il faudra une seconde condition: c'est qu'en réalité ils aient porté atteinte à la liberté du travail, c'est-à-dire que l'intimidation non-seulement ait été tentée, mais qu'elle ait produit ses résultats. Cela n'est pas tout. Le délit n'existera pas même alors, quoique le fait ait déjà tous les caractères suffisants pour motiver l'application d'une peine. Il faudra, en troisième lieu, que l'interdiction, que la défense, que l'intimidation soient le résultat d'un concert établi entre plusieurs personnes, pour porter par ce moyen atteinte à la liberté du travail, et notamment à la liberté des ouvriers. Quel rapport y a-t-il entre cette disposition et l'ancien délit de coalition? Le fait de s'être concerté était, dans l'ancienne législation, l'élément unique du délit; aujourd'hui il n'est pas même l'élément qui le détermine; il n'est que la condition qui doit s'ajouter à des éléments préexistants et coupables pour motiver la création du délit nouveau d'atteinte à la liberté du travail. Dans notre loi, on se concerte, on se coalise, on quitte les ateliers, le fait est innocent; seulement, si le concert a lieu, non pour conquérir les conditions légitimes du travail, mais pour porter atteinte à la liberté d'autrui, dans ce cas on est coupable; de quel délit? du délit de coalition? non, mais du délit d'atteinte à la liberté du travail. »

2379. La question s'est élevée de savoir quel doit être le caractère des menaces qui peuvent être l'un des éléments du délit prévu par les art. 414 et 416. Une cessation concertée du travail avait eu lieu dans une fabrique de la part des ouvriers, pour forcer le patron à expulser l'ouvrier Verly, qui avait refusé de se joindre à eux pour faire modifier les conditions de leur travail, et l'interdiction de se présenter dans aucun atelier avait été prononcée contre celui-ci. Le pourvoi formé par les auteurs de ces manœuvres contre un arrêt de la Cour d'Amiens, qui les avait condamnés, a été rejeté : « Attendu que la loi du 25 mai 1864, en abrogeant les anciens art. 414, 415 et 416 du C. pén., a substitué au délit de coalition un délit nouveau,

celui d'atteinte à la liberté du travail ou de l'industrie ; qu'en protégeant également les ouvriers et les patrons, cette loi accorde aux uns et aux autres le droit de se réunir volontairement à l'effet d'arrêter des résolutions communes sur le prix et les conditions du travail, sous la condition de respecter la liberté d'autrui et la paix publique ; qu'elle punit quiconque, à l'aide de menaces notamment, aura amené ou maintenu, tenté d'amener ou de maintenir une cessation concertée de travail, dans le but de forcer la hausse ou la baisse des salaires ou de porter atteinte au libre exercice de l'industrie ou du travail ; que l'art. 414 n'ayant pas défini les menaces qu'il punit, a laissé nécessairement à ce mot sa signification naturelle ; que la généralité de ses termes, aussi bien que son esprit révélé par les documents législatifs, ne permettent pas de l'interpréter à l'aide de dispositions destinées à punir des délits d'un caractère spécial ; que les art. 305 et suiv. ne sauraient dès lors régir d'autres faits que ceux qu'ils ont prévus ; que le pourvoi objecte en vain que les menaces ne sont punissables que quand elles sont accompagnées de voies de fait ou d'une interdiction de travail ; que les menaces, comme les voies de fait, sont des moyens à l'aide desquels on se rend coupable de l'atteinte grave à la liberté du travail ou de l'industrie, et que chacun de ces moyens, employé séparément, constitue le délit puni par l'art. 414 ; que l'interdiction du travail est l'une des circonstances élémentaires de l'atteinte moins grave portée à la liberté du travail et de l'industrie punie par l'art. 416, et que la loi du 25 mai 1864 n'exige pas qu'elle soit accompagnée de menaces pour tomber sous l'application de cette disposition pénale ; qu'il n'est pas exact de dire que la menace d'interdiction de travail est inhérente à toute coalition, puisque toute menace est punissable dès qu'elle a eu ou qu'elle a pu avoir pour résultat d'agir violemment ou frauduleusement sur la volonté de l'ouvrier ou sur celle du patron, et que, par suite, elle ne peut se rencontrer dans la coalition simple autorisée par cette loi[1]. » Il résulte de cet arrêt que l'art. 414 est applicable à l'ouvrier qui a prononcé publiquement des défenses contre un autre ouvrier, qu'il

[1] Cass., 5 avril 1867, Bull. n. 79.

signalait comme ne devant trouver accès dans aucun atelier, lorsque ces menaces ont eu pour but et pour effet d'obliger cet ouvrier à sortir de la fabrique, et qu'elles ont amené une cessation concertée des travaux et porté ainsi atteinte au libre exercice de l'industrie. Cette jurisprudence paraît confirmée par le rapport, où on lit : « La menace peut être verbale ou écrite, être faite avec ou sans ordre, avec ou sans condition, avec l'ordre de faire ou avec l'ordre de ne pas faire. » D'où il suit que toutes les menaces, lorsqu'elles sont caractérisées, peuvent servir d'élément au délit.

2380. Est-il nécessaire, pour l'existence de ce délit, qu'il y ait un intérêt commun entre les personnes coalisées ? La loi ne l'exige pas, et la Cour de cassation a jugé avant la loi du 25 mai 1864 et jugerait sans doute concore qu'une coalition formée entre un patron et des ouvriers contre d'autres patrons pouvait être punie : « attendu que le tribunal correctionnel avait déclaré les ouvriers radeliers coupables d'avoir formé une coalition pour faire cesser en même temps de travailler, interdire le travail dans les ateliers des marchands de bois autres que Delmas, et pour enchérir le prix du transport des lavis ; que le même jugement avait déclaré Delmas complice, pour avoir, par dons, promesses, menaces, provoqué à cette action ou donné des instructions pour la commettre ; que le jugement attaqué ne méconnaît ni les faits de la coalition entre les ouvriers radeliers, ni ceux de complicité ; qu'il se borne à considérer l'intérêt commun comme un élément nécessaire du délit de coalition, sans faire aucune distinction à cet égard entre les auteurs principaux et les complices ; que la condition de la communauté d'intérêts n'est exigée ni par l'art. 415 ni par aucune autre disposition de la loi ; que, dans tous les cas, l'absence de cette condition ne pourrait avoir pour effet de rendre inapplicables au complice de la coalition entre ouvriers les art. 59 et 60 [1]. »

2381. Il faut prendre garde toutefois de confondre les associations entre ouvriers et les coalitions. La coalition est une forme du droit d'association ; mais la loi qui la tolère ne prétend at-

[1] Cass., 2 juill. 1853, Bull. n. 340.

teindre ce droit lui-même sous aucun rapport. Le rapporteur de la loi du 27 novembre 1849 s'exprimait à cet égard en ces termes : « Quelles que soient les dispositions législatives qui pourront être adoptées relativement aux associations d'ouvriers ou de patrons, jamais les coalitions ne pourront être tolérées ni confondues avec les associations. L'association est soumise à des conditions légitimes qui règlent les droits respectifs des associés. La coalition est un concert illicite entre les individus qui n'ont d'autre intérêt commun et d'autre but que de contraindre la volonté d'autrui, de détruire la concurrence et de créer des prix factices. Jamais ces deux choses, distinctes par leur essence, ne pourront être confondues. Supposons que la loi future autorise entre les ouvriers des associations dont les conditions soient aussi larges qu'il est possible à l'imagination de le concevoir : tant que les individus ainsi associés resteront dans les limites de ces conditions, ils ne commettront pas le délit de coalition. Les peines prononcées contre les coalitions ne pourront donc jamais avoir pour effet d'entraver l'association [1]. »

Cette interprétation, formellement maintenue dans la discussion de la loi du 25 mai 1864, a été consacrée par deux arrêts qui disposent : « que la loi du 25 mai 1864 n'a pas fait d'exception aux dispositions des art. 291 et suiv. du Code pénal et ne dispense ni explicitement ni implicitement de l'autorisation administrative les associations qui se rattacheraient à des coalitions ; qu'en effet, si le concert entre les coalisés est de l'essence de la coalition, il n'en est pas de même de l'association ; que la coalition peut naître et naît presque toujours d'un fait accidentel et passager, tandis que l'association implique une organisation permanente, d'où il suit que l'association peut bien ajouter à la force de la coalition et en étendre les effets, mais qu'elle n'en est pas un élément essentiel et nécessaire ; qu'il résulte de la discussion de la loi du 25 mai 1864 que le législateur, en effaçant de notre Code le délit de coalition, n'a voulu établir aucun privilége en faveur des coalisés ni les soustraire à l'empire des lois générales de police et de sûreté

[1] Cass., 7 fév. 1868, Bull. n. 36 ; 23 fév. 1866, Bull. n. 47.

qui s'imposent à tous les citoyens et règlent et limitent l'usage de leurs droits; qu'il en résulte, au contraire, qu'il a voulu en cette matière maintenir l'application de l'art. 291 du Code pénal et de la loi des 10 avril 1834 sur les associations, comme celle du 25 mars 1852 sur les réunions publiques.

2382. Pourrait-on soutenir du moins que la loi du 25 mai 1864, en permettant les coalitions d'une manière absolue, a, par cela même, légitimé les coalitions organisées à l'état permanent, aussi bien que les coalitions accidentelles et temporaires, d'où il suit que l'association qui n'aurait pour but que d'organiser et de soutenir une lutte des ouvriers contre les patrons, n'étant qu'une coalition prolongée, ne serait pas interdite? Cette question se présentait dans l'affaire sur laquelle est intervenu l'arrêt du 7 février 1868, et la Cour n'a pas jugé que, dans l'état des faits, il fût nécessaire d'examiner ce moyen et elle l'a rejeté : « Attendu, sans qu'il soit besoin d'examiner la proposition principale du pourvoi sur ce moyen, que l'arrêt attaqué constate, en fait, que l'association dont les demandeurs reconnaissent avoir fait partie n'a point été autorisée; qu'elle se distinguait essentiellement de la coalition des ouvriers tailleurs; qu'elle a agi non-seulement en vue de cette coalition, mais aussi en vue de l'avenir; qu'elle a annoncé que son but était d'organiser une lutte et une résistance constantes des ouvriers tailleurs contre les patrons; que même la grève étant terminée, elle ne cessait pas d'exister et qu'elle continuerait à recevoir les adhésions et les souscriptions. » Nous avons déjà vu (n° 1166) que l'art. 291 s'appliquait aux associations formées en vue d'une coalition industrielle. Ce qui sépare surtout l'association de la coalition, c'est la permanence et la constitution organique. Lorsque l'association fait corps avec la coalition, et, née comme celle-ci d'une question accidentelle, disparaît avec elle dès que cette question est résolue, il n'y a pas lieu de l'en séparer; elle n'est alors qu'une des formes, un des modes d'action de la coalition. Mais lorsqu'elle est destinée à survivre à la coalition, lorsque d'un fait accidentel elle fait sortir une instruction, une organisation qui doit régir l'avenir et s'imposer comme une loi au travail, ce n'est plus là une simple coalition,

c'est une association qui doit être régie par les lois relatives aux associations (n° 1161).

2383. L'art. 8 de la loi du 22 germinal an XI portait que, si les actes de coalition avaient été accompagnés de violences, voies de fait et attroupements, les auteurs et complices seraient punis des peines portées au Code pénal, suivant la nature des délits. Cette disposition n'avait pas besoin d'être reproduite, elle est de plein droit. Cependant il faut prendre garde de ne pas considérer légèrement comme des délits distincts des faits qui ne sont souvent que la conséquence et l'exécution même de la coalition ; ce n'est que lorsque ces faits prennent un caractère distinct, que lorsqu'ils réunissent, indépendamment de la coalition, les éléments d'un délit, qu'ils peuvent être incriminés séparément. C'est par suite de ce principe que la Cour de cassation a décidé que le délit de coalition d'ouvriers ne rentre pas dans la classe des délits politiques, lors même que la coalition s'est formée sous l'influence d'une pensée politique, parce que l'intention des agents ne peut changer le caractère primitif de la prévention, parce que le délit conserve sa qualification malgré les circonstances qui en modifient la gravité[1].

2384. L'art. 2 de la loi du 25 mai 1864, lequel article n'a pas pris place dans notre Code, porte : « Les art. 414, 415 et 416 ci-dessus sont applicables aux propriétaires et fermiers, ainsi qu'aux moissonneurs, domestiques et ouvriers de la campagne. Les articles 19 et 20, tit. 11, de la loi du 28 septembre-6 octobre 1791 sont abrogés. »

Ces deux articles du Code rural de 1791 avaient continué de régir les coalitions agricoles. Dans la discussion de la loi du 27 novembre 1849, on avait demandé que les coalitions des ouvriers des campagnes fussent assimilées à celles des ouvriers des villes. La commission de l'Assemblée législative s'y refusa : « Les peines prononcées par le Code rural, dit le rapporteur, sont moins sévères que celles qui ont été établies par le Code pénal contre les patrons et les ouvriers de l'industrie. Cette différence de pénalité est raisonnable, parce que les coalitions qui peuvent se former dans les campagnes entraînent des dé-

[1] Cass., 4 sept. 1834, Devill. et Car., 35.1.35.

sordres moins graves que ceux qui naissent dans des centres d'industrie. » Le rapport de la loi du 25 mai 1864 explique l'abrogation de ces dispositions spéciales en ces termes : « Il serait contradictoire, que, permettant les coalitions réputées les plus dangereuses, on continuât à interdire celles que l'on présume inoffensives. La loi de 1791 est donc abrogée aussi bien que les anciens art. 414, 415 et 416. La violence et la fraude n'étant pas plus licites à la campagne qu'à la ville, les dispositions de la nouvelle loi s'appliqueront aux ouvriers des champs aussi bien qu'à ceux de l'industrie. »

§ II. — *Des coalitions entre les principaux détenteurs d'une marchandise.*

2385. Après avoir interdit les coalitions des maîtres contre les ouvriers en vue de baisser les salaires, et des ouvriers contre les maîtres afin d'en imposer l'augmentation, le Code devait proscrire les manœuvres non moins contraires à la liberté du commerce, par lesquelles les maîtres chercheraient à se nuire les uns aux autres, ou à fonder leurs bénéfices sur la ruine publique. Tel est le but de l'art. 419, article dont les termes vagues et trop indéfinis ont soulevé de nombreux commentaires, et dont il est très-difficile de fixer le véritable sens.

Cette disposition, toutefois, n'est point une innovation du législateur. Déjà la loi romaine avait puni ceux qui enchérissaient les denrées dans les marchés pour en faire augmenter le prix : *Lege Juliâ de annonâ pœna statuitur adversùs eum qui contra annonam fecerit societatem vel coierit quâ annona carior fiat*[1] ; et ceux qui, après avoir acheté des marchandises, les gardaient et refusaient de les vendre pour les faire enchérir : *Annonam ademptare et vexare vel maximè solent dardanarii*[2]. Enfin toute espèce de monopole était formellement interdit : *Si quis monopolium ausus fuerit exercere, bonis propriis expoliatus, perpetuitate damnetur exilii*[3].

[1] L. 2, Dig. de lege Juliâ de annonâ.
[2] L. 6, Dig. de extraord. crimin.
[3] L. un. au Cod. de monopoliis.

Damhouderius a consacré son chapitre 132 à constater les doctrines anciennes sur le monopole ; il commence ainsi : « *Est aliud detestabile crimen, et nihilominùs apud plerasque respublicas frequens et perimè impunitum, quod monopolium vocatur.* » Et on lit plus loin : « *Item monopolium committunt..... omnes negociatores qui clam et intra sese, mutuis collatis ad hoc conciliis, procurant, et statuunt, et ordinant quippiam quod ad proprium commodum spectare videretur, et in prejudicium seu perniciem reipublicæ conseretur* [1]. »

Dans notre ancien droit, Muyart de Vouglans définissait le monopole : « toute entreprise ou association tendant à gêner ou à détruire la liberté du commerce [2]. » On comptait plusieurs espèces de monopole : la première avait lieu lorsque plusieurs marchands se rendaient maîtres de toutes les marchandises d'une même espèce, pour les vendre ensuite à un prix exorbitant [3] ; la deuxième, lorsque des marchands convenaient secrètement entre eux de ne vendre leurs marchandises que dans un certain temps, et à un certain prix qu'ils ne pourraient diminuer ; la troisième, lorsque les seigneurs empêchaient leurs vassaux de moudre leurs grains et de faire cuire leur pain ailleurs que dans des moulins et fours qui leur appartenaient, à moins qu'ils n'eussent un titre légitime [4]. La peine du monopole était la confiscation des biens et le bannissement.

2386. Le premier soin du législateur de 1791, après avoir détruit les corporations, fut d'interdire les coalitions. L'art. 4 de la loi du 14 juin 1791 portait : « Si, contre le principe de la liberté et de la constitution, des citoyens attachés aux mêmes professions, arts et métiers, prenaient des délibérations ou faisaient entre eux des conventions tendant à refuser de concert ou à n'accorder qu'à un prix déterminé le secours de leur industrie ou de leurs travaux, lesdites délibérations et conventions, accompagnées ou non du serment, sont déclarées inconstitutionnelles, attentatoires à la liberté et à la déclaration des

[1] Prax. rer. crim., p. 413 et 417.

[2] Lois crim., p. 340.

[3] Jousse, Traité de just. crim., t. 3, p. 831.

[4] Farinacius, in Frag. crim , v° Monopolium, n. 293. — Ord. 1535, art. 6 ; ord. nov. 1408, art. 12 ; ord. 20 juin 1539.

droits de l'homme, et de nul effet. Les auteurs, chefs et instigateurs qui les auront provoquées, rédigées ou présidées, seront cités devant le tribunal de police à la requête du procureur de la commune, condamnés chacun en cinq livres d'amende. »

Cette disposition générale et absolue s'étendait évidemment, suivant la définition de Muyart de Vouglans, à toute association tendant à gêner ou à détruire la liberté du commerce : en proclamant cette liberté, le législateur avait voulu l'assurer, et il prohibait les conventions et les coalitions qui n'auraient pu que l'entraver. Cet article est l'une des sources où a été puisé l'art. 419. Mais un autre élément est entré dans sa composition et l'a modifiée.

La loi du 14 juin 1791 prévoyait en général les coalitions faites par les citoyens pour refuser, dans certains cas, le secours de leur industrie ou de leurs travaux; mais celles qui avaient pour but une spéculation exercée sur une marchandise, en d'autres termes, l'accaparement de cette marchandise, restaient en dehors de ces dispositions. Les tristes événements qui pesèrent alors sur la France révélèrent bientôt cette lacune ; elle fut cruellement remplie. La loi du 26 juillet 1793 punit l'accaparement de la peine de mort, et déclare coupable de ce crime « ceux qui dérobent à la circulation des marchandises ou denrées de première nécessité, qu'ils achètent ou tiennent renfermées dans un lieu quelconque, sans les mettre en vente journellement et publiquement ». D'autres lois ont développé plus tard cette définition.

2387. C'est dans cette législation combinée avec la loi du 14 juin 1791 qu'il faut chercher la double origine de l'art. 419 : il emprunte à l'une la prohibition de ces conventions par lesquelles les commerçants fixent en commun le prix de leur industrie et de leurs travaux ; à l'autre, la prescription de ces spéculations qui, en resserrant dans quelques mains une même marchandise, tendent à en exagérer le prix ; il défend d'une part les coalitions, de l'autre les accaparements; il punit, comme la loi de 1791, toute entrave à la liberté du commerce, et, comme la loi de 1793, tout acte tendant à altérer le cours des marchandises et leur prix naturel.

On trouve ce double caractère exprimé dans l'exposé des motifs du Code : « Elles n'ont pas non plus échappé à la prévoyance du Code, disait le tribun Faure, ces manœuvres coupables qu'emploient des spéculateurs avides et de mauvaise foi, pour opérer la hausse ou la baisse du prix des denrées ou marchandises, ou des papiers et effets publics, au-dessus ou au-dessous des prix qu'aurait déterminés la concurrence naturelle et libre du commerce. Le Code cite pour exemple de ces manœuvres les bruits faux ou calomnieux semés à dessein dans le public, les coalitions entre les principaux détenteurs de la marchandise ou denrée; il ajoute toute espèce de voies ou moyens frauduleux, parce qu'en effet ils sont si multipliés, qu'il ne serait guère plus facile de les détailler que de les prévoir. La disposition ne peut s'appliquer à ces spéculations franches et loyales qui distinguent le vrai commerçant. Celles-ci, fondées sur des réalités, sont utiles à la société. Loin de créer tour à tour les baisses excessives et les hausses exagérées, elles tendent à les contenir dans les limites que comporte la nature des circonstances, et par là servent le commerce, en le préservant des secousses qui lui sont toujours funestes. »

M. Louvet, rapporteur du Corps législatif, ajoutait : « Vous savez combien les acaparements, les jeux à la hausse et à la baisse, dangereux dans tous les temps, le sont, peuvent le devenir, plus particulièrement au milieu de circonstances données, quand le corps politique est menacé de quelques secousses, ou seulement de quelques embarras. Eh bien ! ces manœuvres de la cupidité, de l'intrigue, et quelquefois de la haine contre le gouvernement et la patrie, ne sont pas oubliées dans le projet ; il vous propose de punir tous ceux qui, soit par des faits faux, etc. »

Arrivons maintenant au texte de l'art. 419. Cet article est ainsi conçu : « Tous ceux qui, par des faits faux ou calomnieux semés à dessein dans le public, par des suroffres faites au prix que demandaient les vendeurs eux-mêmes par réunion ou coalition, entre les principaux détenteurs d'une même marchandise ou denrée, tendant à ne pas la vendre ou à ne la vendre qu'à un certain prix, ou qui, par des voies ou moyens frauduleux quelconques, auront opéré la hausse ou la baisse du prix

des denrées ou marchandises, ou des papiers ou des effets publics, au-dessus ou au-dessous des prix qu'aurait déterminés la concurrence naturelle et libre du commerce, seront punis d'un emprisonnement d'un mois au moins, d'un an au plus, et d'une amende de cinq cents francs à dix mille francs. »

2388. Il faut distinguer dans cette définition du délit deux choses essentiellement différentes : les moyens de perpétration et le résultat ; les moyens à l'aide desquels s'opère la hausse ou la baisse des marchandises ou des effets publics, et le résultat atteint pas ces moyens, l'événement de cette hausse et de là cette baisse. Ce sont les deux conditions de l'incrimination, les deux éléments du délit ; la fraude employée à le commettre constitue le mal moral, la hausse ou la baisse qu'elle a produite constitue le mal matériel du délit. Nous allons examiner ces deux éléments.

L'article, en énumérant les moyens de perpétration, définit d'abord trois modes principaux qui se manifestent le plus ordinairement, et qui peuvent être plus facilement saisis : ce sont les faits faux et calomnieux semés à dessein dans le public, les suroffres faites aux prix que demandaient les vendeurs eux-mêmes, les réunions ou coalitions entre les principaux détenteurs d'une même marchandise ou denrée, tendant à ne pas la vendre, ou à ne la vendre qu'à un certain prix. Mais ces trois modes ne sont indiqués que comme des exemples ; le législateur a reconnu qu'il était impossible de déterminer toutes les formes que la fraude et la cupidité peuvent emprunter. L'article ajoute après cette énumération : « *les voies ou moyens frauduleux quelconques*, » parce qu'en effet, suivant l'expression de M. Faure, ces moyens sont si multipliés, qu'il ne serait guère plus facile de les détailler que de les prévoir. Ces différentes dispositions vont être successivement développées.

2389. Le premier moyen de perpétration est celui qui consiste à semer à dessein des faits faux ou calomnieux. Ces mots *à dessein* n'étaient pas dans le projet du Code ; la commission du Corps législatif en proposa l'addition : « Un bruit faux, disait cette commission, peut parvenir à un grand nombre de personnes comme une nouvelle qu'elles répandent elles-mêmes sans malveillance ; or, comme le délit ne peut se rencontrer

que dans l'intention, il paraîtrait juste de commencer l'article ainsi : tous ceux qui, par des faits faux ou calomnieux semés à dessein. » Cet amendement ne laisse aucun doute sur le sens du paragraphe. Il faut que le prévenu ait semé dans le public, non des bruits, mais des faits faux ou calomnieux ; il faut, en outre, qu'il les ait semés *à dessein* d'opérer la hausse ou la baisse de certaines marchandises. C'est en effet cette relation du dessein avec le résultat qui seule peut déceler la fraude. Ainsi le délit n'existerait pas si les faits avaient été répandus par l'agent sans nulle intention frauduleuse, et que plus tard il eût voulu profiter de la hausse ou de la baisse occasionnée par ces bruits ; car les faits faux n'auraient point été semés par lui à dessein, et dès lors la spéculation serait exempte de la fraude, élément du délit. Lors même que les faits auraient été semés à dessein, si la pensée de la spéculation n'est née que postérieurement et en vue de la hausse ou de la baisse qui s'est manifestée, il est douteux que la loi fût applicable, car le prévenu n'aurait fait que profiter d'un événement qu'il aurait involontairement causé et qu'il n'aurait point prévu : des faits faux peuvent, en effet, être répandus sciemment, sans leur destiner une influence commerciale, et soit dans un but politique, soit même sans autre but que d'alarmer les esprits. Mais il est évident que, dans ce cas, la présomption est contraire au prévenu ; c'est à lui de prouver qu'il n'a pas agi en vue d'une hausse ou d'une baisse, et que ses manœuvres étaient exemptes de fraude.

2390. Le deuxième moyen de perpétration du délit consiste dans des *suroffres faites aux prix que demandaient les vendeurs eux-mêmes*. Il est évident que ce moyen ne peut être employé que pour opérer une hausse du prix de la marchandise ; mais, ici encore, il est nécessaire qu'il y ait une relation directe entre les suroffres faites et la hausse opérée, c'est-à-dire, que les suroffres aient été faites avec l'intention d'opérer la hausse.

2391. Le troisième moyen de perpétration du délit consiste dans les *réunions ou coalitions entre les principaux détenteurs d'une marchandise ou denrée, tendant à ne pas la vendre ou à ne la vendre qu'à un certain prix*. Cette disposition a donné lieu à plusieurs difficultés.

On doit remarquer, en premier lieu, qu'il ne s'agit plus ici, comme dans les deux premières dispositions de l'article, d'un acte individuel, mais bien d'une manœuvre collective, préparée par une réunion ou une coalition d'individus. Le premier élément de l'incrimination est l'existence de cette réunion ou coalition. La loi n'en a point défini les caractères ; il suffit dès lors que plusieurs personnes se soient concertées et soient convenues de ne pas vendre une marchandise, ou de ne la vendre qu'à un certain prix, pour qu'il y ait coalition dans le sens de la loi ; tout accord suivi du même résultat subirait la même qualification. La loi n'exige même pas, comme une condition indispensable, l'existence d'une coalition ; la simple *réunion* des détenteurs d'une même marchandise, agissant simultanément et dans le même but, suffit pour caractériser le délit, pourvu qu'ils agissent sciemment et avec la connaissance de leur concours mutuel. Il appartient aux juges du fait d'apprécier souverainement les éléments de cette coalition [1].

2392. La loi n'a prévu que la coalition ou la réunion des *principaux détenteurs ;* il est évident, d'abord, qu'à plus forte raison, la coalition de *tous les détenteurs* rentrerait dans ses termes, et il est également hors de doute que cette expression comprend les fabricants, premiers détenteurs de la marchandise, aussi bien que les marchands qui la débitent. Ces deux points ont été consacrés par un arrêt portant : « que l'art. 419 est applicable à la coalition de l'universalité des détenteurs d'une marchandise, comme à celle de ses principaux détenteurs, puisque le même préjudice pour le public peut résulter de l'une comme de l'autre ; qu'il l'est à celle des fabricants comme à celle des marchands proprement dits, puisque le fabricant est le premier *détenteur de la marchandise qu'il a créée pour la vendre* [2]. »

2393. Une troisième difficulté se présente, et c'est la plus grave. Quel est le sens, dans la loi, de ces mots *marchandises* et *denrées ?* à quels objets doivent-ils s'appliquer? Cette ques-

[1] Cass., 16 mai 1845, Bull. n. 173 ; Devill., 45.1.438.
[2] Cass., 31 août 1838, Devill., 38.1.988.

tion, qui a été la matière d'une vive et sérieuse controverse, a partagé la jurisprudence.

La Cour de Paris avait jugé, par un arrêt du 29 août 1833 : « que l'industrie, et par conséquent l'industrie du *roulage*, est une marchandise, puisque, dans ce mot générique est compris tout ce qui est dans le commerce [1]. » Le pourvoi formé contre cet arrêt fut rejeté [2]. La Cour d'Amiens déclara également, par un arrêt du 4 juillet 1836 : « que de l'ensemble du Code de commerce il résulte que l'expression générique *marchandise* comprend tout ce qui fait l'objet d'un commerce ou d'une industrie ; que l'art. 632 répute acte de commerce les entreprises de transport par terre et par eau ; que dès lors le transport soit des hommes soit des marchandises, fait l'objet de ces entreprises et constitue une marchandise ; que c'est dans ce sens que doit être entendu le mot *marchandise* employé dans l'art. 418 du Code pénal [3]. » Un pourvoi a été formé contre cet arrêt ; mais la Cour de cassation a déclaré, le 19 octobre 1836, qu'il y avait partage [4]. De nouveaux magistrats ayant été adjoints à la section criminelle, et la question ayant été débattue de nouveau, la Cour rejeta le pourvoi par un arrêt portant : « que les dispositions de l'art. 419 s'appliquent évidemment à tout ce qui, étant l'objet des spéculations du commerce, a un prix courant habituellement déterminé par la libre et naturelle concurrence dont il s'agit ; que toute entreprise de transport est un acte de commerce ; que ces entreprises, en établissant de certains moyens de transport pour conduire les personnes et les marchandises d'un lieu à un autre, louent ou vendent à temps, moyennant des prix déterminés, l'usage des moyens de transport, et trafiquent ainsi des places et de leurs voitures, qui dès lors constituent une véritable marchandise [5]. »

La question s'est représentée devant la Cour de Toulouse, et cette Cour l'a décidée dans un sens contraire. Les princi-

[1] Journ. du dr. crim., t. 5, p. 303.

[2] Cass., 1er fév. 1834, Devill. et Car., 34.1.81 ; Journ. du dr. crim., t. 6, p. 329.

[3] Journ. du dr. crim., t. 8, p. 328.

[4] *Ibid.*, eodem loco.

[5] Journ. du dr. crim., t. 8, p. 333 ; Devill. et Car., 36.1.881.

paux motifs de son arrêt sont : « que le caractère propre des marchandises est que leur propriété puisse être aliénée; qu'ainsi l'entend l'art. 419 en punissant précisément les principaux détenteurs qui se sont réunis pour ne point les vendre, ou ne les vendre qu'à un certain prix ; que le transport des personnes constitue, entre le messagiste et celui avec lequel il traite, un contrat de louage d'industrie seulement ; que telle est la définition expresse qu'en donne l'art. 1779 du Code civil ; que si une marchandise ne peut se comprendre qui ne puisse pas être vendue, si la loi a eu principalement en vue d'atteindre ceux qui, par des manœuvres coupables, opèrent la baisse dans les ventes, leur action ne tombe pas sous la répression de l'article 419, qui, sous le nom de marchandise, ne désigne pas plus les moyens de transports que e transport lui-même[1]. » Un pourvoi fut formé contre cet arrêt, et ce pourvoi fut rejeté; mais ce rejet, fondé sur des considérations de fait, porte textuellement cette réserve : « Sans approuver le motif de l'arrêt attaqué, pris de ce que l'art. 419 du Code pénal ne serait pas applicable à ceux qui opèrent la hausse ou la baisse des transports[2]. »

Enfin, après plusieurs jugements qui l'ont diversement jugée[3], cette question est revenue devant la Cour de Paris, qui, contrairement à son premier arrêt, a déclaré : « que le rapprochement, dans l'art. 419, des mots *détenteurs*, *vendre*, *marchandise* et *denrée*, prouve suffisamment le sens restrictif dans lequel le législateur a entendu le mot *marchandise*, et son intention de ne l'appliquer qu'à des choses mobilières, corporelles, qui se comptent, qui se pèsent ou se mesurent, et sont destinées à être transmises dans le commerce au moyen d'achats et ventes ; qu'on ne peut, sans donner au mot *marchandise* un sens plus étendu que ne l'a voulu le législateur, comprendre dans sa signification le transport des marchandises et

[1] Arr. Toulouse, 13 juin 1837, Journ. du d. crim., t. 9, p. 195.
[2] Cass., 26 janv. 1838, Devill. et Car., 38.1.241 ; Journ. du dr. crim, t. 10, p. 123.
[3] Jug. des trib. de prem. inst. de Boulogne, Périgueux, Angoulême et Paris, des 23 déc. 1838, 11 avril et 8 mars 1839.

personnes; qu'en effet le contrat qui intervient entre le messagiste et le voyageur ou le négociant dont il transporte les marchandises ne constitue pas un contrat de vente, mais un simple contrat de louage[1]. » La Cour de cassation a été de nouveau saisie d'un pourvoi contre cet arrêt.

Le rapport de M. le conseiller Rives, donné textuellement par le *Journal du droit criminel*, renferme un véritable traité de la matière. Sur ce rapport est intervenu un arrêt de cassation ainsi conçu : « Attendu que les dispositions de cet article s'appliquent à tout ce qui, étant l'objet des spéculations du commerce, à un prix habituellement déterminé par la libre et naturelle concurrence du trafic dont il s'agit; attendu qu'elles ne sont pas limitées aux marchandises corporelles; attendu que l'art. 632 du Code de commerce range parmi les actes de commerce les entreprises de transport par terre et par eau; que l'usage des moyens de transport est la marchandise objet du commerce des messagistes, des voituriers et de tous entrepreneurs de transport: que l'art. 419 du Code pénal s'applique donc aux personnes qui exploitent ces entreprises, lorsque la hausse ou la baisse du prix des transports est opérée par les moyens et de la manière qu'il prévoit; que la Cour royale de Paris, en limitant son étendue, et en décidant en droit qu'il est inapplicable à l'industrie des messageries, a dès lors méconnu le sens et violé les dispositions de cet article[2]. »

2394. Essayons maintenant de résumer, en les appréciant, les principaux arguments qui peuvent influer sur la décision de cette question, et servir à fixer l'interprétation de la loi.

Il est certain que le mot *marchandise* a été employé avec trois acceptions différentes : il a été employé comme synonyme du trafic même, comme exprimant en général la chose qui fait l'objet du trafic, enfin comme s'appliquant plus spécialement aux choses qui se comptent, se pèsent ou se mesurent. On a cité des exemples nombreux de la première de ces acceptions. Ainsi on lit dans le règlement de février 1415 : Les échevins

[1] Paris, 16 mai 1839, Journ. du dr. crim, t. 11, p. 229.
[2] Cass., 9 août 1839, Devill. et Car., 39.1.721.

de *la marchandise*, les sergents de *la marchandise*, les gens qui prêtent serment *à la marchandise*. Il est évident que, dans ces phrases et dans beaucoup d'autres semblables, *marchandise* est pris pour *commerce*. Les ordonnances d'août 1560, de novembre 1563, de mai 1579, soumettent soit à des arbitres, soit à des juges-consuls, soit à des juges ordinaires, les différends entre marchands pour fait de marchandises. L'ordonnance de décembre 1672 règle la juridiction des prévôts et échevins de Paris, concernant les marchandises des vins, des grains, etc. L'ordonnance du commerce de mars 1673 parle des personnes *faisant profession de la même marchandise*. Cette signification est rappelée encore par plusieurs lexiques. On lit dans le Dictionnaire de l'Académie : *Marchandise se dit quelquefois pour trafic*. Mais il faut reconnaître qu'à l'exception de quelques locutions presque proverbiales où l'usage l'a consacrée, elle ne s'emploie plus dans la langue du droit. La deuxième acception s'est au contraire maintenue. Richelet, Boiste, dans leurs dictionnaires, définissent la marchandise en général, *chose dont on fait trafic*. Richelet ajoute : « tout le bien qui est dans le commerce, qui s'achète et se vend. » Domat comprend sous ce mot les choses corporelles et incorporelles [1]. Pardessus enseigne également que cette dénomination est donnée même à des choses intellectuelles [2].

La dernière acception est la plus usitée : elle s'applique spécialement aux choses mobilières susceptibles d'être achetées ou vendues. On trouve le mot *marchandise* employé dans ce sens dans un grand nombre d'ordonnances [3]. Guyot, dans son Répertoire, définissait les *marchandises*, « toutes les choses que les marchands débitent, soit en gros, soit en détail, dans les magasins, boutiques, foires et marchés, comme les draperies, les épiceries, les merceries. » Pardessus ajoute qu'en général ce terme s'applique aux *choses mobilières* [4]. Plusieurs

[1] Lois civ., t. 1er, tit. 2, sect. 4.

[2] Cours de dr. com., t. 1er, n. 9.

[3] Ord. de 1355, art. 6 ; ord. de 1512, art. 68 ; coutume de Paris, art. 126 ; ord. de 1673, art. 7 et 8.

[4] Cours de dr. com., t. 1er, n. 8.

dispositions de nos lois modernes ne l'ont employé qu'en lui donnant ce sens restreint[1].

Or, quelle est celle de ces trois acceptions que le mot *marchandise* doit recevoir dans l'art. 419? La première est à peu près tombée en désuétude, et d'ailleurs elle n'aurait aucun sens dans cet article; il ne peut donc être question que des deux dernières acceptions : de l'acception générique, qui embrasse tout ce qui peut être l'objet d'un commerce quelconque, ou de l'acception restreinte, qui ne s'étend qu'aux choses mobilières qui se comptent, se pèsent ou se mesurent : c'est entre ces deux termes que se pose la difficulté.

Jetons un coup d'œil général sur la loi, et recherchons quelle a dû être la pensée de ses rédacteurs. La liberté du commerce venait de remplacer les jurandes et les maîtrises; il fallait prévoir les abus de cette liberté et les prévenir. Tel est l'objet de la sollicitude du législateur. Il punit successivement les frauduleuses exportations d'objets fabriqués en France, les coalitions des maîtres contre les ouvriers, celle des ouvriers contre les maîtres; puis il arrive aux fraudes et coalitions des maîtres entre eux. Quand jusqu'alors sa pensée a été générale, doit-elle se restreindre ici? Quand il a puni toutes les coalitions des maîtres vis-à-vis des ouvriers, n'a-t-il puni que quelques-unes des coalitions des maîtres entre eux? Sa prévoyance s'est-elle restreinte aux coalitions qui ont pour objet la hausse ou la baisse de certaines marchandises? La raison de douter se trouve dans la loi elle-même; la rubrique de la section où se trouve placé l'art. 419 est ainsi conçue : *Violation des règlements relatifs aux manufactures, au commerce et aux arts.* C'est une protection générale accordée aux manufactures, au commerce et aux arts; il n'y a point de restriction; et comment y en aurait-il? Comment le législateur aurait-il voulu restreindre sa protection? Comment aurait-il divisé les coalitions en deux séries, prohibant les unes et tolérant les autres, tuteur soigneux de quelques industries, et abandonnant les autres à toutes les fraudes?

[1] L. 16-24 août 1790, t. 11, art. 3, n. 4; l. 26 juill. 1793, l. 29 sept. 1798; art. 387, 408, 428 et 440 du Code pénal.

Et l'industrie qu'il eût ainsi livrée à ses propres excès, ce serait l'industrie des transports, l'instrument et la vie de toutes les industries ! Il voulait proscrire les moyens illicites et subtils de causer la hausse et la baisse des marchandises, et il eût permis les coalitions frauduleuses des compagnies messagistes, lorsque le prix des transports est un élément du prix de marchandises, et peut influer sur la hausse ou la baisse de ce prix ! Il est impossible de le méconnaître, la pensée du législateur n'a pas dû concevoir de restriction ; elle a dû s'étendre à toutes les industries, à toutes les spéculations commerciales : aucun motif ne pourrait être allégué pour justifier une limite, une exception; car il ne peut exister aucun motif de tolérer dans une branche de commerce une fraude qui serait punie dans une autre comme un délit.

2395. Mais il ne suffit pas que cette pensée du législateur soit présumée, il faut qu'elle ressorte du texte même de la loi ; il ne suffit pas que la raison l'admette et l'approuve, il faut qu'elle soit explicitement consacrée. Nous trouvons bien dans l'art. 419 que le but du législateur a été d'assurer la concurrence naturelle et libre du commerce ; d'où l'on doit conclure que la disposition s'étend à tous les genres de commerce : mais n'a-t-il pas restreint cette disposition, lorsqu'il n'a incriminé que *les coalitions entre les principaux détenteurs d'une même marchandise, tendant à ne la pas vendre ou à ne la vendre qu'à un certain prix ?*

Et d'abord, même en admettant que le mot *marchandise* ait les deux significations que nous lui avons reconnues plus haut, l'une générale, l'autre spéciale, ne pourrait-on pas prétendre que cette dernière devrait être adoptée, parce que la loi pénale doit plutôt être restreinte qu'étendue dans son application ? Nous avons souvent, dans notre livre, invoqué le principe tutélaire qui dénie le droit d'étendre la loi pénale, et nous ne le méconnaîtrons pas ici. La loi ne doit être étendue ni restreinte, elle doit être appliquée suivant sa teneur et son véritable sens ; mais s'agit-il de l'étendre ? on étend la loi, soit en lui imprimant un sens qui n'est pas le sien, soit en l'appliquant par analogie à un cas qu'elle n'avait pas prévu. Or il ne s'agit ni de forcer les termes de l'art. 419, ni de les appliquer à un cas

analogue ; il s'agit uniquement d'attribuer à l'une de ses expressions qui a, dans la langue du droit, deux significations diverses, l'une de ces deux significations, et dès lors ce n'est point une extension, mais une légitime interprétation de son texte.

Cela posé, est-il vrai que le sens du mot *marchandise* soit restreint par les termes qui l'entourent ? L'art. 419 ne frappe que la coalition *entre les principaux détenteurs d'une même marchandise ou denrée*. Or le mot *denrée*, auquel le mot marchandise est joint, comme étant de même espèce, de même nature, et rentrant dans la même catégorie, serait-il un indice qu'il s'agit de ces objets corporels qui s'achètent et se vendent dans le commerce ? Le mot *détenteur* ne serait-il pas une seconde preuve de cette nature mobilière des marchandises, puisqu'on ne peut détenir que des choses corporelles ? Ces deux objections ne sont point sans réponse. En premier lieu, on entend en général par denrées les objets qui servent à la nourriture et à l'entretien des hommes et des animaux, et qui sont de nature à être consommés ou entièrement dénaturés au premier usage [1]. Or, quelle que soit la généralité du mot *marchandise*, il est douteux qu'on eût pu y comprendre ces objets ; il suit de là que l'adjonction du mot *denrée* au mot *marchandise* a pour but d'étendre la loi, loin de la restreindre. D'ailleurs, et suivant une autre interprétation, le mot *denrée* signifie, dans certains cas, toutes les choses qui s'échangent contre l'argent, c'est-à-dire *toute espèce quelconque de marchandises* [2]. Dès lors il serait impossible d'attribuer à ce mot aucune influence restrictive. Cette influence est-elle attachée du moins au mot *détenteurs ?* Le mot *détention*, a-t-on dit, suppose la transmissibilité de la chose détenue. On détient un meuble, un immeuble, on détient même une hérédité, on ne détient pas un fait. Or le transport, c'est un fait actif de la part de l'entrepreneur qui transporte le voyageur, c'est un fait passif de la part du voyageur qui est transporté d'un lieu à un autre. On peut répondre, en premier lieu, que le mot *détenir* a plusieurs acceptions ; qu'il s'applique soit aux choses corporelles,

[1] Cours de dr. comm., t. 1er, n. 8.
[2] Cass., 30 juill. 1818.

soit aux choses incorporelles; que l'art. 408 prévoit le détournement des effets, billets, quittances, au préjudice des possesseurs ou *détenteurs;* que cette expression s'entend donc, non d'une possession réelle, mais aussi d'une sorte de possession fictive, indépendante de la possession matérielle. Il faut ajouter ensuite que ce n'est point du fait du transport que les entrepreneurs sont détenteurs, mais bien des moyens qui servent à effectuer ce transport.

Une autre objection est tirée de ce que la loi ne punit la coalition que lorsqu'elle a pour objet *de ne pas vendre une marchandise ou une denrée, ou de ne la vendre qu'à un certain prix.* On conclut de ces termes qu'il ne s'agit que des choses qui sont l'objet d'un contrat de vente, des choses mobilières, et non des ouvrages ou des faits qui sont susceptibles de louage et non de vente. On a répondu à cette objection que le mot *vente* ne se trouve que dans l'indication du mode du délit, et non dans la spécification des objets qu'il doit affecter; que d'ailleurs les contrats de vente et de louage offrent entre eux les plus grands rapports d'analogie; qu'ainsi Pothier enseigne « que le contrat de louage renferme en quelque façon, non la vente de la chose même qui est louée, mais la vente de la jouissance et de l'usage de cette chose [1]. » Mais la véritable réponse est, ainsi que l'a fait remarquer M. le conseiller Rives dans son rapport, « que si le Code punit en particulier la coalition ayant pour but et pour effet la hausse ou la baisse résultant de la vente ou de l'abstention de la vente, il frappe aussi, en général, de la même peine les coalitions qui parviennent à ce résultat par des voies ou moyens frauduleux quelconques; que la question se réduit dès lors à savoir bien moins s'il y a vente ou louage, que si la coalition tend à faire cesser la concurrence en la rendant impossible; qu'il est donc indifférent que la place ne soit que louée, si la coalition réussit de cette manière aussi pleinement que par la vente à s'assurer le monopole du transport. »

2396. Nous venons de rappeler les principaux motifs qui doivent fixer le sens du mot *marchandise*. Nous ne pousserons

[1] Traité du contrat de louage, partie 1re, n. 2, 3, 4.

pas plus avant la discussion d'une question très-importante sans doute à raison des intérêts immenses qu'elle touche, mais qui tient autant à la science économique qu'au droit pénal. Il nous a suffi d'établir : 1° que la raison de la loi suppose nécessairement une disposition générale, puisqu'on ne peut admettre que le législateur ait voulu protéger certaines branches du commerce, et refuser toute protection aux autres ; 2° que l'expression *marchandise* admet deux acceptions différentes, l'une générique, qui comprend toutes les choses commerciales, l'autre restreinte, qui ne s'applique qu'à celles qui se mesurent, se pèsent ou se comptent ; 3° que les différents termes de l'article, d'accord avec l'esprit qui le domine, et loin de limiter son interprétation, tendent à en généraliser le sens.

Cette doctrine a été confirmée par un arrêt qui applique l'art. 419 aux coalitions ayant pour objet la hausse ou la baisse du prix des assurances : « attendu que les dispositions de cet article s'appliquent à tout ce qui, étant l'objet des spéculations du commerce, a un prix habituellement déterminé par la libre et naturelle concurrence du trafic dont il s'agit ; que les dispositions dudit article ne sont pas limitées aux marchandises corporelles ; que l'art. 633, Cod. comm., range parmi les actes de commerce les assurances et autres contrats concernant le commerce de mer ; que les obligations et polices d'assurances constituent la marchandise objet du commerce des assureurs ; que ledit art. 419 s'applique dès lors aux personnes qui exploitent les entreprises d'assurances, lorsque la hausse ou la baisse du taux des assurances est opérée par les moyens et de la manière qu'il prévoit et spécifie [1]. »

2397. La législation des chemins de fer présente une application de cette règle, et en consacre en même temps une exception. Une disposition qui forme l'art. 9 de la loi du 26 juillet 1844, relative au chemin de fer d'Orléans à Bordeaux, et qui a été reproduite dans toutes les lois portant concession de voies ferrées, est ainsi conçue : « A moins d'une autorisation spéciale de l'administration supérieure, il est in-

[1] Cass., 16 mai 1845, Bull. n. 173 ; Devill., 45.1.438.

terdit à la compagnie, sous les peines portées par l'art. 419, C. pén., de faire directement ou indirectement avec des entreprises de transport de voyageurs ou de marchandises par terre ou par eau, sous quelque dénomination ou forme que ce puisse être, des arrangements qui ne seraient pas également consentis en faveur de toutes les autres entreprises desservant les mêmes routes. Des ordonnances portant règlement d'administration publique prescriront toutes les mesures nécessaires pour assurer la plus complète égalité entre les diverses entreprises de transport, avec le service du chemin de fer. » Il a été jugé « que la garantie ainsi stipulée de la plus complète égalité des diverses entreprises de transport par terre ou par eau, vis-à-vis la compagnie du chemin de fer, dérive du principe de la libre concurrence sur ces dernières voies, et repose sur des motifs d'intérêt public; que ces dispositions s'appliquent, par la généralité de leurs termes et par la nature même des choses, à toutes les entreprises de transport par terre ou par eau, et qu'elles n'admettent à la prohibition des arrangements par lesquels la compagnie du chemin de fer pourrait favoriser ou exclure une ou plusieurs entreprises, d'autre exception que le cas d'autorisation de l'administration supérieure[1]. » Mais il ne faut pas confondre avec les stipulations inégales, et par conséquent illicites, que ferait le chemin de fer avec les entreprises accessoires de transport, les abaissements de son propre tarif pour faire tomber les entreprises rivales de la voie ferrée. Il a été jugé : « que l'art. 419 a pour but de maintenir le principe de libre concurrence entre les divers détenteurs de la même marchandise, et de réprimer les moyens que réprouve la loyauté commerciale, et par lesquels on chercherait à opérer une hausse ou une baisse de cette même marchandise; qu'il en résulte que, pour que cet article soit applicable à une industrie, il faut que cette industrie soit libre dans son mode d'opérer, et spécialement dans la fixation du prix de sa marchandise; que telle n'est pas l'industrie des entreprises de chemin de fer dans ses rapports avec les autres entreprises de transport; qu'à cet égard le privilége dont ces

[1] Cass., 3 fév. 1855, Bull. n. 39.

entreprises sont l'objet pour le parcours de la voie ferrée qui leur est concédée, les place dans des conditions d'existence particulière, réglementées par une législation qui leur est propre; que ce n'est qu'en ce qui concerne les entreprises ou les marchés que les administrations des chemins de fer pourraient faire ou passer en dehors de leur voie ferrée et des obligations qui leur sont imposées par leurs statuts, que, recouvrant leur liberté commerciale, elles pourraient se trouver sous le coup des dispositions générales de l'art. 419; que le fait d'abaissement du tarif de la voie ferrée serait une contravention aux statuts spéciaux de la compagnie du chemin de fer, dans le cas où cet abaissement aurait eu lieu sans l'agrément de l'autorité administrative [1]. »

2398. Nous continuons maintenant l'examen des autres dispositions du même article.

Nous avons vu que le législateur s'est préoccupé d'abord de trois modes principaux, qui se manifestent plus fréquemment, et qu'il peut plus facilement saisir : la publication de faits faux, les suroffres faites à des ventes, enfin les coalitions entre les détenteurs d'une marchandise. Le voici maintenant, comme s'il reconnaissait l'impossibilité de prévoir toutes les fraudes, qui les comprend toutes dans une même formule. L'art. 419 ajoute aux trois exemples qu'il a donnés *les voies ou moyens frauduleux quelconques.*

Le projet du Code incriminait *l'annonce dans le public ou dans les rassemblements commerciaux de la cherté ou de la disette de certaines denrées ou marchandises, ou quelque espèce de fraude que ce soit.* Lors de la discussion de l'article, M. Begouen fit remarquer qu'il était impossible d'empêcher des négociants réunis à la bourse de s'entretenir du cours des choses dont ils trafiquent; qu'il fallait se borner à empêcher les manœuvres destinées à opérer un renchérissement : il proposa d'effacer cette quatrième forme sous laquelle le délit pouvait se produire, et d'incriminer en général *tous les moyens frauduleux.* M. Treilhard dit que, les manœuvres s'opérant de

[1] Cass., 30 juill. 1853, Bull. n. 377 ; 8 fév. 1855, Bull. n. 30 ; et conf. Cass., 9, 10 avril et 14 août 1863, Bull. n. 108, 110 et 223.

la manière supposée dans l'article, la section avait cru devoir donner une indication aux juges ; qu'on pouvait adopter une rédaction plus vague, mais qu'il était à craindre qu'elle n'allât contre le but qu'on se proposait. L'amendement fut néanmoins adopté[1].

On peut se demander comment, par l'effet du même amendement, les trois premières dispositions de l'article n'ont pas été également effacées, puisque ces trois modes de perpétration viennent nécessairement se confondre parmi *les moyens frauduleux quelconques* qui peuvent servir de base à l'incrimination. C'est que le législateur a voulu donner des indications de l'espèce de fraude qu'il punissait, c'est qu'il a voulu en préciser les exemples les plus importants pour servir de guide aux juges ; mais il suit de là que les termes qui définissent ces exemples ne sont point restrictifs, et que si les faits de fraude, bien qu'analogues aux faits prévus, en diffèrent sous quelque rapport, ils tombent dans la disposition générale qui termine cette énumération. La seule condition exigée par la loi est que les manœuvres employées aient été *frauduleuses*. C'est dans cette fraude, élément nécessaire des différents modes de perpétration, que réside toute la criminalité du délit.

2399. Nous arrivons maintenant au deuxième élément du délit, au fait matériel qui le constitue. Ce fait consiste dans *la hausse ou la baisse du prix des denrées ou marchandises, ou des papiers et effets publics, au-dessus ou au-dessous des prix qu'aurait déterminés la concurrence naturelle et libre du commerce.*

Il faut que la hausse ou la baisse ait été opérée. C'est ce résultat que le législateur a voulu punir ; seul il peut donner la mesure de la gravité des manœuvres employées pour l'obtenir. Si les manœuvres n'ont produit aucun effet, il y a lieu de présumer ou qu'elles n'étaient pas frauduleuses, ou que la fraude était trop légère pour qu'on pût l'atteindre ; d'ailleurs ces manœuvres ne pourraient constituer qu'une tentative du délit, et l'art. 419 n'a point assimilé la tentative du délit qu'il prévoit au délit consommé ; cette interprétation a été consacrée par de nombreux arrêts. La Cour de cassation a formellement déclaré :

[1] Locré, t. 31, p. 64 et 65.

« que l'art. 419 ne prononce de pénalité contre les coalitions qu'autant qu'elles ont en effet opéré la hausse ou la baisse du prix des denrées ou marchandises; qu'aux termes de l'art. 3 du Code pénal, les tentatives de délit ne sont considérées comme délits que dans les cas déterminés par une disposition spéciale de la loi, et que l'art. 419 n'en renferme aucune qui assimile le fait d'avoir tenté d'opérer la hausse ou la baisse des denrées ou marchandises, au délit d'avoir effectivement opéré cette hausse ou cette baisse [1]. »

Nous avons expliqué plus haut la signification des mots *denrées* et *marchandises*. Par denrées on entend les objets, recueillis ou fabriqués, particulièrement destinés à la nourriture ou à l'entretien des hommes et des animaux, et de nature à être consommés ou entièrement dénaturés au premier usage [2]. *Par marchandises* on entend, dans une première acception, toutes choses mobilières qui subsistent après le premier usage, ou ne se consomment que lentement; on entend aussi, dans une deuxième acception, tous les objets en général qui peuvent faire l'objet d'un trafic. Dans cette dernière acception, cette expression comprendra les denrées, et même les effets publics. Mais le législateur a dû néanmoins énoncer ces deux espèces de marchandises, parce que dans l'usage on ne les range pas sous cette cette qualification. Nous avons exprimé les motifs qui nous ont porté à généraliser ce mot, dans l'interprétation de l'art. 419; nous n'insisterons plus sur ce point.

2400. Que faut-il entendre par une concurrence naturelle et libre? « C'est une lutte féconde, a dit l'un de nos économistes les plus distingués, où l'industrie, excitée sans cesse par l'aiguillon de la rivalité, s'efforce de conquérir la faveur publique au moyen des bas prix et de la bonne qualité des produits. Mais si, au lieu de chercher à faire naître, par l'économie et le travail, une baisse réelle et permanente sur le prix des marchandises, la concurrence se sert uniquement d'une baisse factice et

[1] Cass., 1er fév. 1834, Devill. et Car., 34.1.81; et conf. Cass., 24 déc. 1812, Devill. et Car., 4.250; 17 janv. 1818, 29 mai 1840, Devill. et Car., 40.1. 831; et dans ce sens, Merlin, Rép., v° Tentative, n. 4. V. aussi notre tome 1er, n. 175. Conf. Cass., 29 mai 1841, Bull. n. 151.

[2] Damhouderius, cap. 132, p. 414 et 415.

transitoire, destinée à écarter les industries rivales, elle dégénère en une guerre ruineuse pour tous. Elle appauvrit la société, car elle détruit en pure perte des forces vives, des ressources précieuses ; elle a pour unique effet de livrer les concommateurs sans défense, sans refuge, aux capricieuses exigences de ceux des producteurs qui survivent et demeurent maîtres absolus du champ de bataille [1]. » La libre concurrence est celle qui s'exerce par le travail et sans fraude; dès qu'elle emploie des manœuvres frauduleuses, ce n'est plus une concurrence, c'est un monopole. L'intérêt de la liberté de l'industrie en exige la répression.

Nous avons précisé les deux éléments du délit : les moyens à l'aide desquels s'opère la hausse ou la baisse des marchandises, et le résultat atteint par ces moyens, l'événement de cette hausse ou de cette baisse. Nous allons maintenant rapidement résumer les diverses espèces où ces règles ont été appliquées. La Cour de cassation a successivement décidé : 1° que les fermiers qui, lors du recensement des grains opéré en vertu du décret du 4 mai 1812, avaient fait une fausse déclaration, dans le but d'en soustraire une certaine quantité à la connaissance des autorités, et de vendre cette quantité au-dessus de la taxe, étaient passibles de l'application de l'art. 419 [2]; 2° que celui qui allègue publiquement avoir vendu un sac de grains plus cher qu'il ne l'a vendu réellement, avec le dessein de faire hausser cette marchandise, rentre dans les mêmes termes [3]; 3° que les fabricants de soude qui se sont interdit de vendre leurs produits autrement que par l'intermédiaire d'un consignataire unique et exclusif, et à un prix déterminé, se rendent coupables du même délit [4]; 4° que la même décision s'applique aux boulangers d'une ville qui s'engagent respectivement, avec clause pénale, à ne fournir qu'une quantité déterminée de pain par chaque décalitre de blé qui leur est livré [5]; 5° enfin, qu'elle s'applique

[1] Wolowski, Revue de législation, 1839, t. 2, p. 369.
[2] Cass., 25 déc. 1812, Devill. et Car., 4.250.
[3] Cass., 17 janv. 1818, Devill. et Cass., 5.404 ; J.P.14.583.
[4] Cass., 31 août 1838, Devill. et Car., 38.1.988.
[5] Cass., 29 mai 1840, Bull. n. 151 ; Devill. et Car., 40.1.831.

encore aux bouchers d'une commune qui conviennent entre eux de ne pas continuer l'approvisionnement en viande de boucherie tant que le prix fixé par l'autorité municipale n'aurait pas été élevé [1].

Il est évident, d'ailleurs, que dans ces diverses espèces on doit supposer l'intention de produire d'une part la hausse de la marchandise, de l'autre l'événement de cette hausse au-dessus du cours naturel. Sans cette double condition, le délit n'existerait pas, quelles que fussent les conventions dont les prévenus se seraient liés, ou les manœuvres qu'ils auraient employées; ces conventions ou ces manœuvres ne sont qu'un acte préparatoire de ce délit; elles n'en deviennent un élément que lorsqu'elles sont animées d'une pensée frauduleuse.

2401. Les faits prévus par l'art. 419 sont frappés d'une double peine, d'un emprisonnement d'un mois à un an, et d'une amende de 500 à 1,000 francs; mais l'art. 463 permet d'atténuer l'une ou l'autre de ces peines, et même de n'en prononcer qu'une seule. L'art. 419 ajoute : « Les coupables pourront de plus être mis, par l'arrêt ou le jugement, sous la surveillance de la haute police pendant deux ans au moins et cinq ans au plus. » Cette mesure nous semble peu en rapport avec la nature du délit qu'il s'agit de punir, mais elle est purement facultative.

Le délit devient plus grave, et les peines s'élèvent, s'il a eu pour objet les substances alimentaires de première nécessité; car les résultats peuvent devenir funestes non-seulement pour le commerce, mais pour la tranquillité publique. L'art. 420 porte : « La peine sera d'un emprisonnement de deux mois au moins et de deux ans au plus, et d'une amende de mille francs à vingt mille francs, si ces manœuvres ont été pratiquées sur des grains, grenailles, farines, substances farineuses, pain, vin, ou toute autre boisson. La mise en surveillance qui sera prononcée sera de cinq ans au moins et de dix ans au plus. »

2402. Le commerce des grains a toujours préoccupé le législateur [2]. Les nombreuses entraves qui l'environnaient ne

[1] Cass., 3 juill. 1841, Bull. n. 202; Devill. et Car., 41.1.702.

[2] V. Damhouderius, cap. 132, p. 116.

furent levées que par lettres patentes du 2 novembre 1774, qui établirent pour la première fois la liberté de ce commerce. La déclaration du 5 février 1776 ajoutait formellement : « Pourront, ceux qui auront des grains à vendre, augmenter ainsi que diminuer le prix conformément au cours du commerce. » Ces règles furent maintenues par l'Assemblée constituante[1]. Mais l'Assemblée législative s'en écarta : la loi du 16 septembre 1792 ordonna un recensement général des grains, en ajoutant la prescription aux détenteurs de les porter aux marchés. Les lois des 4 mai 1793, 9 et 17 août 1793, 10 septembre 1793 et 23 brumaire an II, apportèrent de nouvelles restrictions à la circulation. La liberté du commerce ne fut rétablie que par la loi du 21 prairial an V; mais la crainte ou la réalité des accaparements donna lieu ensuite à quelques mesures. Le décret du 4 mai 1812 défendit à tous les citoyens de faire aucun achat ou approvisionnement de grains ou farines pour les garder en magasin et en faire un objet de spéculation ; il les assujettit à la déclaration des quantités qu'ils possédaient, et à l'exposition dans les marchés des mesures nécessaires pour les tenir suffisamment approvisionnés; enfin le décret du 8 mai 1812 fixa pour chaque localité ou permit aux préfets de fixer le *maximum* du prix du blé.

Le Code pénal n'a sanctionné, parmi toutes ces mesures, que deux dispositions : l'art. 176 défend à certains fonctionnaires de faire le commerce des grains, grenailles, farines, substances farineuses, vins ou boissons[2]; et l'art. 420 défend à tous les citoyens d'opérer la hausse ou la baisse des mêmes substances par des manœuvres ou des moyens frauduleux. L'art. 420 n'est que le corollaire de l'art. 419; il ne reçoit application que dans les mêmes cas, il suppose les mêmes éléments d'incrimination. Les seules différences qui séparent les deux articles consistent dans la *qualité* des marchandises et dans le *taux* des peines applicables. Ainsi il est nécessaire, pour l'existence du délit, que les manœuvres soient frauduleuses, qu'elles aient pour but d'o-

[1] Décrets des 29 août, 18 sep. et 3 oct. 1789, 2 juin et 15 sept. 1790, 26 sept. 1791.

[2] V. notre tome 2, n. 712.

pérer la hausse ou la baisse, et que cette hausse ou cette baisse aient été opérées. Toutes nos observations précédentes trouvent donc leur application ici. L'aggravation de la peine n'est attachée qu'à la nature de la marchandise.

CHAPITRE LXXXI.

DES PARIS SUR LA HAUSSE OU LA BAISSE DES EFFETS PUBLICS.

(Commentaire des art. 421 et 422 du Code pénal.)

2403-2404. Objet et motifs des art. 421 et 422.
2405. Distinction des marchés au comptant et des marchés à terme. Ces derniers proscrits par l'ancienne législation.
2406. Ces lois anciennes ne sont point abrogées. Effet de cette non-abrogation.
2407. L'art. 421 doit-il être limité aux conventions de vendre des effets publics que le vendeur n'a pas à sa disposition?
2408. Conditions de l'application de l'art. 422. A quels effets il s'étend.
2409. Il faut que les effets publics n'aient pas existé dans les mains du vendeur au temps de la convention et n'aient pas dû s'y trouver au temps de la livraison.
2410. Dans quels cas la jurisprudence a appliqué l'art. 421 aux marchés fictifs à terme.
2411. L'acheteur peut-il être réputé complice du vendeur à terme, dans un marché fictif, et puni comme tel?

2403-2404. Le législateur, après avoir prévu et puni les diverses fraudes qui peuvent entacher les opérations commerciales, a voulu bannir du commerce les jeux de bourse, quand ceux qui s'y livrent ne présentent aucune garantie, et quand la mauvaise foi peut en égarer les chances.

Le projet du Code avait étendu cette prohibition à tous les paris faits sur la hausse ou la baisse des marchandises. Les art. 421 et 422 étaient, dans ce projet, ainsi conçus : « Tous les paris qui auraient été faits sur la hausse ou la baisse des marchandises, denrées, ou des effets négociables de quelque nature qu'ils soient, sont des délits, et seront punis des peines portées par l'art. 419 ; ils le seront de celles portées par l'article 420, s'ils ont été faits sur la hausse ou la baisse des gre-

nailles, farines, substances farineuses, pain, vin ou toute autre boisson. Sera réputée pari de ce genre toute convention de vendre ou de livrer des denrées ou marchandises, ou des effets négociables, lorsque ces marchandises, ces denrées ou ces effets ne seront pas prouvés par le vendeur avoir existé à sa disposition au temps de la convention, ou avoir dû s'y trouver au temps de la livraison. »

Lorsque ces deux articles furent soumis à la discussion du Conseil d'État, M. Bégouen trouva ces expressions *de quelque nature qu'ils soient* trop générales. Il pensa qu'on ne devait interdire que les paris sur les effets publics, et demanda que l'effet de la loi ne fût pas étendu plus loin. Les deux articles furent adoptés avec cet amendement.

Ils se trouvèrent dès lors ainsi conçus : « Art. 421. Les paris qui auront été faits sur la hausse ou la baisse des effets publics seront punis de peines portées par l'art. 419. — Art. 422. Sera réputée pari de ce genre toute convention de vendre ou de livrer des effets publics qui ne seront pas prouvés avoir existé à sa disposition au temps de la convention, ou avoir dû s'y trouver au temps de la livraison. »

« Il résulte de cette définition, porte l'exposé des motifs, que le but de la loi est de réprimer une foule de spéculateurs qui, sans avoir aucune espèce de solvabilité, se livrent à ces jeux, et ne craignent pas de tromper ceux avec lesquels ils traitent. La loi soumet le vendeur seul à la preuve qu'elle exige, parce que c'est lui qui promet de livrer la chose. Mais si la promesse de livrer existe de la part des deux contractants, la preuve est nécessaire pour l'un et pour l'autre, car tous deux sont respectivement vendeurs et acheteurs. Ce moyen de répression, loin de nuire en aucune manière aux opérations des spéculateurs honnêtes et délicats, les rendra moins périlleuses en les délivrant du concours de ceux qui, n'ayant rien à perdre, osent tout risquer. »

Le but de la loi est donc de frapper les spéculateurs insolvables et les agioteurs, d'interdire les jeux de bourse quand ils opèrent sur des valeurs fictives et tendent à exagérer ou décrier le cours des effets publics. Mais ce but a-t-il été atteint? Les spéculateurs insolvables, l'agiotage, ont-ils été réprimés ?

Les paris sur la hausse ou sur la baisse des effets publics ont-ils cessé d'exister ?

2405. Jetons, en premier lieu, un coup d'œil sur les spéculations des bourses. Les effets publics donnent lieu à deux spéculations principales : les marchés au comptant et les marchés à terme. Les marchés au comptant ont lieu quand la livraison de l'inscription est immédiatement suivie du paiement : la liquidation se fait aussitôt après le délai nécessaire pour régulariser le transfert. Cette opération ne peut soulever aucune difficulté. Les marchés à terme sont ceux par lesquels les vendeurs s'engagent à livrer les effets publics dans un certain délai, et les acquéreurs à payer à la même époque. Ces sortes de marchés se divisent en deux classes : les marchés à *terme*, et les marchés à *prime*. Les premiers sont obligatoires pour les parties, quelle que soit la hausse ou la baisse survenue à l'époque du terme sur la valeur de l'effet. Les autres emportent la faculté de renoncer au marché en abandonnant une faible partie du prix qui forme la prime.

Les marchés à terme ont été proscrits par la législation. L'art. 7 de l'arrêt du conseil du 7 août 1785 déclare nuls « les marchés et compromis d'effets royaux et autres quelconques qui s'y feraient à terme et sans livraison desdits effets, et sans dépôt réel d'iceux, constaté par acte dûment contrôlé au moment même de la signature de l'engagement. » Cette mesure est motivée, dans le préambule de cet arrêt, sur ce que les marchés non précédés du dépôt « sont des engagements qui, dépourvus de cause et de réalité, n'ont, suivant la loi, aucune valeur, occasionnent une infinité de manœuvres insidieuses tendant à dénaturer momentanément le cours des effets publics, à donner aux uns une valeur exagérée, à faire des autres un emploi capable de les décrier; qu'il en résulte un agiotage désordonné qui met au hasard la fortune de ceux qui ont l'imprudence de s'y livrer, excite la cupidité à poursuivre des gains immodérés et suspects, et substitue un trafic illicite aux négociations permises. »

Cependant le législateur avait été forcé de transiger avec les conventions qu'il proscrivait. Un nouvel arrêt du conseil du 22 septembre 1786, tout en renouvelant les précédentes dé-

fenses, permet de faire à l'avenir des marchés *pour être livrés* à un délai n'excédant pas deux mois de leur date ; ceux qui seraient à un plus long terme sont seuls déclarés nuls. La faculté de passer des marchés à deux mois de terme fut donc acquise, et elle est restée un usage du commerce.

2406. Ces lois sont-elles encore en vigueur? Aucun acte ne les a abrogées. La loi du 13 fructidor an IV a confirmé leur principe. Cette loi déclare *agioteur* et punit comme tel « tout homme qui sera convaincu d'avoir vendu des marchandises et effets dont au moment de la vente il ne serait pas propriétaire. » L'art. 4 du chapitre 2 de la loi du 28 vendémiaire an IV déclare nulles les négociations à terme ou à prime contractées avant sa promulgation, « attendu que les marchés à terme ou à prime ont déjà été interdits *par de précédentes lois.* » Enfin l'ordonnance du 12 novembre 1823, en permettant de coter le cours des effets publics étrangers, déclare que « l'arrêt du conseil du 7 août 1785 est rapporté en ce qu'il renferme de contraire à la présente. » D'où il suit que cet arrêt du conseil est obligatoire, et qu'il doit être exécuté dans toutes ses dispositions qui n'ont pas été rapportées.

Telle est, au reste, l'opinion que la Cour de cassation a consacrée, en déclarant « que l'on n'est pas fondé à soutenir que ces lois ont été abrogées, soit par l'art. 90 du Code de commerce, soit par l'art. 422 du Code pénal ; que l'objet de l'art. 90 a été de donner au gouvernement le droit de faire des règlements d'administration publique sur la négociation des effets publics, et nullement de révoquer ou d'annuler les lois et règlements qui existaient alors à ce sujet ; que, quant à l'art. 422 du Code pénal, il est certain que les arrêts du conseil de 1785 et 1786 n'ont pas été explicitement rapportés par cet article, que cela est évident et non contesté ; que l'on ne pourrait en induire une abrogation implicite qu'autant que sa disposition serait inconciliable avec celle des arrêts du conseil, en telle sorte que l'une et l'autre ne pussent être simultanément exécutées ; mais qu'il en est autrement, puisque, d'une part, rien ne s'oppose à ce que, conformément aux arrêts du conseil, les marchés à terme d'effets publics soient annulés lorsqu'ils n'ont pas été précédés du dépôt prescrit, et, d'autre part, à ce que,

conformément au Code pénal, il y ait lieu à l'application de la peine qu'il inflige, lorsque le vendeur n'a pas à sa disposition au moment du contrat les effets qu'il vend, ou qu'il ne doit pas les avoir au temps de la livraison ; qu'ainsi les arrêts du conseil ne prononcent que dans un intérêt civil sur l'acte passé entre les parties, et que le Code pénal, qui n'avait à s'occuper ni de cet acte ni de cet intérêt, ne prononce dans le cas qu'il prévoit que sur la personne des contractants ; d'où résultent deux dispositions différentes, mais non contraires, et dont, par conséquent, l'une n'a pas pour effet nécessaire de révoquer l'autre [1]. »

Les marchés à terme peuvent donc être nuls aux yeux de la loi civile, sans que de cette nullité on puisse induire que ces marchés constituent un délit aux yeux de la loi pénale. Autre chose est la nullité de la convention, autre chose le délit que cette convention peut renfermer.

2407. Nous allons rechercher maintenant quels sont les faits constitutifs de ce délit.

L'art. 421 prévoit et punit tous *les paris* qui auront été faits sur la hausse ou sur la baisse des effets publics. Cette disposition doit-elle être entendue dans un sens absolu ? Comprend-elle toutes les conventions aléatoires qui se rattachent au cours des effets publics ? Est-elle, au contraire, limitée par l'art. 422 aux conventions de vendre des effets publics que le vendeur n'a pas à sa disposition ?

Si l'on ne s'attache qu'au texte de ces deux articles, les termes du premier paraissent sans limites ; en effet, ils comprennent en général tous les paris ; et l'art. 422, en ajoutant : « *sera réputée pari de ce genre toute convention, etc.*, » semble avoir eu pour but d'assimiler aux paris une convention spéciale, plutôt que de limiter, en les définissant, les paris sur les effets publics.

Cependant il nous semble douteux que tel soit l'esprit de la loi. L'exposé des motifs déclare clairement que le législateur n'a voulu atteindre que les spéculateurs insolvables, c'est-à-dire ceux qui, dans les cas prévus par l'art. 422, jouent snr les effets

[1] Cass., 11 août 1824. Devill. et Car., 7.513, Bull. civ., n. 84.

publics sans posséder ni ceux qu'ils vendent, ni les fonds nécessaires pour les acheter. Ce n'est pas le pari lui-même qui lui paraît punissable, mais le pari fait par un homme incapable de le tenir. Il faut remarquer ensuite que la plupart des opérations de bourse se résolvent en paris sur la hausse ou la baisse ; or le crédit public exige que ces opérations n'éprouvent aucune entrave. Ce n'est pas la convention aléatoire qui blesse les intérêts publics ou privés, c'est la fraude qui peut l'accompagner, et cette fraude ne se manifeste que par l'insolvabilité du spéculateur. Il nous paraît donc que, si l'art. 421 punit en général les paris sur les effets publics, l'art. 422 limite cette disposition en définissant ce qu'il faut entendre par un *pari de ce genre*, et en ne réputant *paris* que les ventes ou achats d'effets que le vendeur ou l'acheteur n'avaient pas à leur disposition.

2408. L'art. 422 exige plusieurs conditions pour son application. Cet article suppose, en premier lieu, l'existence d'une *convention de vendre ou de livrer des effets publics*.

Cette convention est la forme sous laquelle le pari est atteint par la loi ; elle doit avoir pour objet de vendre ou de livrer des *effets publics*. Ainsi se trouvent écartés les paris sur le cours des denrées et des marchandises ; ces conventions, quels que soient leurs effets aux yeux de la loi civile, n'entraînent aucune responsabilité pénale.

On comprend en général dans la classe des effets publics : 1° les inscriptions de rentes viagères ; 2° les inscriptions de rentes perpétuelles, dites 3, 4, 4 1/2 et 5 pour cent consolidés ; 3° les bons royaux ou effets de la caisse de service du Trésor ; 4° les actions sur certains canaux. On range encore dans cette classe les effets des villes, des établissements publics, et même des compagnies anonymes qui sont autorisées par le gouvernement, tels, par exemple, que les actions de la Banque de France. Les effets des gouvernements étrangers doivent-ils être considérés comme des effets publics ? Il faut répondre affirmativement. L'ordonnance du 22 novembre 1823 porte que les effets publics des emprunts des gouvernements étrangers seront cotés sur le cours authentique de la Bourse de Paris ; or le but des art. 421 et 422, ce n'est pas de protéger

les effets eux-mêmes, mais bien le commerce de ces effets, c'est d'écarter de ce commerce l'agiotage et la fraude dans l'intérêt des spéculateurs eux-mêmes. Il suffit donc que les effets étrangers soient cotés authentiquement à la Bourse, qu'ils soient offerts aux citoyens, qu'ils soient livrés aux spéculations avec l'approbation du gouvernement, pour que la même protection doive s'étendre sur ces spéculations. Telle est aussi l'interprétation que le gouvernement lui-même a donnée aux art. 421 et 422 ; en effet l'ordonnance du 22 novembre 1823 s'appuie, dans ses motifs, sur ce « qu'il ne peut qu'être utile de donner un caractère légal et authentique aux opérations nombreuses qui se font déjà sur les emprunts des gouvernements étrangers, les lois actuelles suffisant pour prévenir la fraude et l'insertion de conditions illicites ou illégales dans leurs négociations. »

2409. La condition constitutive du délit est que les effets publics ne soient pas prouvés par le vendeur avoir existé à sa disposition au temps de la convention, ou avoir dû s'y trouver au temps de la livraison.

Cette condition est tellement vague que la disposition répressive est complétement inefficace. Comment en effet concevoir comme élément constitutif d'un délit l'injonction de prouver qu'un effet a dû se trouver au pouvoir du prévenu en un certain temps ? Comment faire dépendre l'application de la peine, non pas d'un fait, mais de la possibilité de l'existence de ce fait ? Il n'y a donc pas lieu de s'étonner si les art. 421 et 422 ont été considérés dès leur promulgation comme une arme rouillée et inoffensive, et si jamais le ministère public n'a tenté de s'en servir. Leur disposition était purement comminatoire, car les éléments du délit ne pouvaient jamais être constatés.

Les marchés à terme eux-mêmes échappent dans la plupart des cas à l'incrimination légale. En effet les spéculateurs invoquent comme une loi et comme un usage l'arrêt du conseil du 22 septembre 1786, qui tolère et même autorise les marchés pour être livrés dont le terme n'excède pas deux mois ; et rarement les marchés à terme dépassent ce délai sur la place de Paris. Ensuite le vendeur s'oblige, en général, à livrer les effets vendus au moment où il en sera requis par l'acheteur ; et cette

obligation, bien qu'elle soit rarement exécutée, ôte au marché son caractère fictif, puisqu'il peut être converti par l'acheteur en marché au comptant.

Mais, indépendamment de ces deux fins de non-recevoir qui peuvent être opposées à l'application de la loi, le marché à terme ne pourrait être incriminé que dans le cas où le vendeur ne prouverait pas avoir eu à sa disposition au temps de la convention, ou avoir dû avoir au temps de la livraison les effets vendus. Ainsi, ce n'est pas le marché lui-même qui serait poursuivi par la loi, mais la fiction qui se trouverait au fond de ce marché, l'insolvabilité de la partie. Ainsi, cette convention ne serait incriminée que dans un seul cas, celui où les valeurs vendues n'ont jamais dû exister entre les mains du vendeur. On conçoit combien, resserrée dans ces termes, la disposition de la loi devient impuissante contre les excès qui affligent chaque jour la bourse.

2410. Cette doctrine a été sanctionnée par un arrêt qui rejette le pourvoi formé contre un arrêt de la Cour impériale de Toulouse : « attendu que si les marchés à terme sur les effets publics, lorsqu'ils sont sérieux et qu'ils tendent à la délivrance et au paiement réel des titres, que le vendeur ait possédé ou non ces titres au temps de l'engagement, ou qu'il n'en soit devenu possesseur qu'au temps de la livraison, sont licites, consacrés par la pratique et protégés par la loi, cette protection ne peut s'étendre à des opérations de bourse qui, empruntant mensongèrement la forme des marchés à terme, cacheraient en réalité le jeu et les spéculations hasardeuses ; que l'art. 421 érige en délit et punit les paris qui auraient été faits sur la hausse et la baisse des effets publics ; que la disposition de cet article est générale ; qu'elle embrasse sous le mot *pari* tout ce qui est jeu touchant les effets publics ; qu'elle s'étend à l'acheteur comme au vendeur sans distinction ; que l'art. 422 n'est pas venu restreindre la portée de la disposition qui la précède ; que, statuant par voie d'assimilation, il signale parmi les cas que comprend la règle générale un cas spécial, dans lequel le caractère du pari et du jeu se révèle d'une manière irrécusable, celui où le vendeur d'effets publics ne peut prouver avoir été en possession des titres, ni au temps de la convention,

ni au temps de la livraison; que, dans toute poursuite en matière de jeux de bourse prohibés, il appartient au juge de descendre dans l'appréciation des actes et des faits, et de rechercher, sous la forme extérieure qu'on aurait imprimée à ces actes et à ces faits, les opérations véritables qui se sont accomplies; qu'il est constaté par l'arrêt attaqué que les prévenus, par l'intermédiaire d'un agent de change, se sont portés acheteurs à terme, et plus tard vendeurs d'une quantité considérable de valeurs et effets publics de toute nature; que l'arrêt constate que jamais ils n'ont pris livraison des actions qui ont été achetées pour eux...; qu'il résulte de ces constatations que le nom de marchés à terme donné aux opérations des preneurs n'était qu'une apparence trompeuse; qu'on ne voit, d'une part, qu'un acheteur qui ne peut ni ne veut prendre livraison ou lever les titres, et, d'autre part, qu'un vendeur qui ne livrera jamais faute d'un prix qui le paye; que ce qu'on poursuit, c'est ce paiement des différences; que la spéculation porte uniquement sur la chance bonne ou mauvaise résultant de la variation des cours; que c'est là le pari et le jeu tels que la loi les condamne; qu'en vain soutient-on qu'à l'aide du report et à chaque échéance, les marchés devenaient effectifs; que si, dans les opérations de bourse, le report se produit souvent comme un moyen efficace et légitime d'employer utilement un capital ou des valeurs commerçables, il est vrai de dire aussi qu'il peut devenir l'instrument actif de jeux de bourse prohibés; que, permettant de reculer sans cesse, pour le reporté, la réalisation, il favorise évidemment le spéculateur hasardeux, et apparaît le plus ordinairement comme le premier indice d'une solvabilité équivoque; qu'à l'égard du reporteur, s'il prend livraison, il en annule immédiatement l'effet par une revente à terme concomitante et qui maintient le reporté dans la situation qu'il s'était faite; qu'ainsi le report, suivant les constatations de l'arrêt, a pu imprimer plus fortement, loin qu'il l'ait effacé, le caractère des jeux prohibés reconnu par le juge aux opérations des prévenus [1]. »

2411. C'est au prévenu à rapporter la preuve qu'il avait à

[1] Cass., 9 mai 1857, Bull. n. 186.

sa disposition au temps de la convention les effets publics qu'il a vendus, ou du moins que les effets devaient être en sa possession au moment où il aurait dû en faire la remise. C'est là le moyen de justification que lui donne la loi. Mais s'il ne produit pas cette preuve, s'il est reconnu coupable du délit, l'acheteur doit-il être puni comme complice? M. Carnot répond affirmativement, en admettant que l'acheteur savait que son vendeur n'avait pas réellement en sa puissance et ne pourrait se procurer en temps opportun les effets vendus, pour en faire la remise, puisque, dans ce cas, il aurait nécessairement coopéré au délit en facilitant au vendeur les moyens de le commettre [1]. Cette opinion ne nous semble pas fondée. La loi ne punit que le fait de vendre des effets publics qui n'existent pas dans les mains du vendeur, et ne doivent même pas s'y trouver : or comment l'acheteur serait-il complice de cette vente? Il est partie contractante; il n'est pas complice du vendeur, il ne serait que sa dupe; dans le cas même où il aurait reconnu l'insolvabilité de son vendeur, il aurait volontairement couru un risque; mais on ne peut dire qu'en achetant il ait eu pour but de faciliter la vente; le délit était consommé au moment où il donnait son consentement; son but était de faire une autre spéculation que celle du vendeur. Les deux actions étaient distinctes; l'acte de l'acheteur pouvait être incriminé principalement, mais il ne peut l'être à titre de complicité du vendeur.

[1] Comm. du Code pénal, t. 2, p. 425.

CHAPITRE LXXXII.

DE LA TROMPERIE SUR LA NATURE DES CHOSES VENDUES, ET DE LA VENTE A FAUX POIDS ET A FAUSSES MESURES.

(Commentaire des art. 423, 424, 479, n. 5 et 6, 480, n. 2, et 481, n. 1, du Code pénal.)

2412. Objet de ce chapitre. Ancienne législation sur cette matière.
2413. Motifs et texte de l'art. 423. Lois nouvelles.
2414. Caractère de la tromperie incriminée par cet article et par ces lois.
2415. Il faut, pour que le délit prévu par l'art. 423 existe, que la tromperie ait porté sur la nature même de la chose. Application de cette règle.
2416. Il n'y a tromperie sur la nature de la chose que lorsque cette chose est tellement altérée que sa première nature n'existe plus.
2417. La tromperie sur la qualité peut être considérée comme affectant la nature de la chose, quand elle dénature la substance de cette chose.
2418. La tromperie sur la qualité est punissable dans les matières d'or et d'argent et de pierres précieuses.
2419. Dispositions de la loi du 27 mars 1851 sur la tromperie, sur la vente des substances alimentaires et médicamenteuses.
2420. Il ne s'agit dans cette loi, comme dans l'art. 423, que de la tromperie sur la nature de la chose vendue.
2421. Elle s'applique aux fabricants et à la vente en gros, comme aux détaillants et à la vente au détail.
2422. La tromperie est un délit dans l'échange aussi bien que dans la vente.
2423. Mais la loi ne s'applique qu'aux conventions qui contiennent une vente ; elle ne s'applique pas aux fraudes commises dans le louage d'industrie.
2424. De la falsification de la substance alimentaire : toute détérioration peut être incriminée.
2425. La falsification peut résulter d'un mélange qui trompe sur la qualité.
2426. Toutefois il faut, dans ce cas, distinguer si les substances étaient destinées à l'alimentation.
2427. De la falsification des denrées médicamenteuses.
2428. De la vente des denrées alimentaires et médicamenteuses falsifiées ou corrompues.

2429. De la tromperie sur la quantité des choses vendues par l'emploi de faux poids et de fausses mesures.
2430. Législation sur les poids et mesures.
2431. Dispositions du Code pénal sur cette matière.
2432. Conditions de l'incrimination de la tromperie sur la quantité de la chose vendue.
2433. Il faut d'abord qu'il y ait fraude.
2434. Il faut qu'il y ait tromperie sur la quantité des choses vendues.
2435. Il faut qu'elle ait été commise par l'un des moyens prévus par la loi : par usage de faux poids ou de fausses mesures.
2436. Cas où les parties ont employé d'autres poids et mesures que ceux établis par la loi (art. 424).
2437. Les appareils de pesage et de mesurage sont assimilés aux faux poids et aux fausses mesures.
2438. Fraudes qui ont pour effet d'altérer l'exactitude du poids ou de la mesure.
2439. Délit résultant de la simple possession de poids et mesures faux ou inexacts.
2440. Faut-il entendre par poids et mesures faux à l'égard des possesseurs ceux qui sont seulement irréguliers ?
2441. La loi du 27 mars 1851 ne s'applique qu'aux poids et mesures inexacts.
2442. Il importe peu, dans le système de cette loi, que la tromperie ait été commise à l'aide de poids faux ou irréguliers.
2443. Pouvoirs des préfets et des maires en cette matière.
2444. Les poids et mesures non revêtus du poinçon de vérification annuelle doivent-ils être assimilés à ceux qui ne sont pas revêtus du poinçon de l'État.
2445. De quelle peine sont passibles les infractions aux arrêtés administratifs.
2446. Il faut, en deuxième lieu, que les poids et mesures aient été trouvés dans les magasins ou ateliers.
2447. De l'emploi des poids et mesures irréguliers, prévu par le n° 6 de l'article 479.
2448. Cas où la tromperie sur la quantité se commet par des manœuvres ou procédés tendant à fausser l'opération du pesage ou mesurage.
2449. Cas où la tromperie se commet par des indications frauduleuses tendant à faire croire à un pesage antérieur et exact.
2450. De la tentative du délit de tromperie. L'art. 423 n'admet pas la tentative admise par la loi de 1851.
2451. La simple exposition en vente constitue une tentative.
2452. Peines applicables au délit.
2453. De la fixation de l'amende, soit qu'il y ait, soit qu'il n'y ait pas lieu à des restitutions et des dommages-intérêts.
2454. Modification des pénalités en cas de récidive, de circonstances atténuantes et de cumul de délits.
2455. De la peine accessoire de la confiscation des instruments du délit et des marchandises.

2412. L'art. 423 réunit dans son incrimination deux faits distincts : la tromperie sur la nature des choses vendues, et la tromperie, par usage de faux poids et de fausses mesures, sur la quantité des mêmes choses. Les lois des 27 mars 1851 et 5 mai 1855 ont complété ces deux incriminations, en y faisant entrer des fraudes de même nature qui étaient demeurées en dehors. Nous allons examiner successivement les caractères de ces divers délits.

Notre ancienne jurisprudence rangeait dans la classe des faux les fraudes commises dans les ventes des marchandises. C'est ainsi qu'elle qualifiait faussaires ceux qui vendaient des choses mixtionnées pour des choses pures, et qui falsifiaient toute espèce de marchandises [1]. La loi du 16-22 juillet 1791 classa ces diverses fraudes parmi les délits contre les propriétés. L'art. 38 du titre 2 de cette loi punit d'une amende qui ne peut excéder 1,000 livres, et d'un emprisonnement qui ne peut excéder une année, toute personne convaincue d'avoir vendu des boissons falsifiées par des mixtions nuisibles. Et l'art. 39 ajoutait : « Les marchands ou tous autres vendeurs convaincus d'avoir trompé, soit sur le titre des matières d'or ou d'argent, soit sur la qualité d'une pierre fausse vendue pour fine, seront, outre la confiscation des marchandises en délit et la restitution envers l'acheteur, condamnés à une amende de 1,000 à 3,000 livres et à un emprisonnement qui ne pourra excéder deux années. »

[1] Damhouderius, cap. 119, n. 1, p. 383, et cap. 123, 389 ; Menochius, de arbitrio jud., lib. 2, casu 382, n. 2 ; Farinacius, quæst. 150, n. 57.

2413. Le Code pénal, tout en reproduisant, à peu près dans les mêmes termes, ces deux dispositions, les a classées différemment, suivant le but des agents et les effets qu'elles peuvent produire. Lorsqu'il s'agit de boissons falsifiées qui peuvent être nuisibles à la santé, le débit de ces boissons est considéré comme un délit contre les personnes et puni comme les coups et blessures (art. 318.) Lorsque la fraude n'a pour but que de tromper l'acheteur sur la valeur de la chose vendue, cette fraude n'est plus considérée que comme une espèce d'escroquerie, moins grave cependant et passible d'une peine moins forte que l'escroquerie prévue par l'art. 405, attendu qu'elle n'est pas accompagnée des mêmes *manœuvres* et qu'il est plus facile de s'en défendre.

L'art. 423 porte : « Quiconque aura trompé l'acheteur sur les titres des matières d'or et d'argent, sur la qualité d'une pierre fausse vendue pour fine, sur la nature de toutes marchandises ; quiconque, par usage de faux poids ou de fausses mesures, aura trompé sur la quantité des choses vendues, sera puni de l'emprisonnement pendant trois mois au moins, un an au plus, et d'une amende qui ne pourra excéder le quart des restitutions et dommages-intérêts, ni être au-dessous de cinquante francs. Les objets du délit ou leur valeur, s'ils appartiennent encore au vendeur, seront confisqués. » Cet article a été complété par les lois des 27 mars 1851 et 5 mai 1855, qui en ont étendu les dispositions à plusieurs cas nouveaux.

Nous avons déjà examiné la loi du 5 mai 1855, relative à la falsification des boissons, dans notre commentaire sur l'article 318. *Voy.* n°s 1387 et suiv.

Nous allons maintenant examiner conjointement l'art. 423 et la loi du 27 mars 1851, qui s'est incorporée, pour ainsi dire, dans son texte. Il faut apprécier d'abord le délit que l'article 423 avait prévu, et à l'égard duquel il est resté en pleine vigueur.

2414. La principale disposition de cet article est la *tromperie sur la nature de toutes marchandises vendues.*

Cette disposition n'existait pas dans la loi du 16-22 juillet 1791, qui ne s'étendait qu'à la vente des matières d'or ou d'ar-

gent et des pierres précieuses; l'art. 423 comprend toutes les marchandises.

L'art. 1645 du Code civil prévoit le cas où le vendeur connaissait les vices cachés de la chose : cette connaissance suppose une espèce de dol qui le rend passible, outre la restitution du prix, de tous les dommages-intérêts envers l'acheteur. Dans le cas de l'art. 423, il ne suffit pas que le vendeur ait connu le véritable état de la chose qu'il vendait, il faut qu'il ait cherché à *tromper* l'acheteur. Il ne suffit pas que cette tromperie ait eu pour objet les *vices* de la chose, il faut qu'elle ait porté sur la nature même de cette chose. Ainsi une fraude, et une fraude portant sur la nature de la chose, voilà les deux éléments du délit.

La tromperie est plus qu'un dol, plus qu'un mensonge; elle suppose l'emploi de ruses et d'artifices : mais il ne faut pas confondre ces artifices avec les manœuvres frauduleuses constitutives de l'escroquerie; ils se manifestent par des paroles plutôt que par des faits, par des mensonges plutôt que par des actes : l'escroquerie, au contraire, s'opère à l'aide de faits qui ont pour but d'appuyer le mensonge et de lui donner les apparences de la vérité. Il suit de là que la tromperie, lors même qu'elle n'aurait d'autre but que d'égarer l'acheteur sur la nature de la marchandise, revêtirait les caractères d'une escroquerie, si elle était accompagnée des manœuvres frauduleuses qui constituent le délit[1]. Mais si elle n'emploie que les moyens frauduleux indiqués par la loi du 27 mars 1851, quelque grave que soit cette fraude, elle n'est soumise qu'à l'application de cette loi[2].

2415. La tromperie doit ensuite porter sur la nature même de la chose. La commission du Corps législatif avait proposé de restreindre ces expressions. On lit dans ses observations : « Si cette disposition s'étend sur la tromperie relative à la quotité ou valeur de toute marchandise, la mauvaise foi, la chicane peuvent s'en emparer et créer à chaque instant une multitude de procédures et de dénonciations. Il semble que si

[1] Cass., 20 août 1825, J.P.19.818.
[2] Cass., 8 juin 1854, Bull. n. 184.

cette mesure ne s'appliquait qu'au défaut d'identité entre la marchandise vendue et la marchandise livrée, les inconvénients dont on vient de parler n'existeraient pas. Ainsi, si un individu a acheté un cheval et qu'on ne lui livre pas le même, si on lui a vendu du drap de Louviers et qu'on lui remette du drap d'Elbeuf, le vendeur sera coupable de la tromperie qu'on a eue en vue dans cet article. Si cette idée paraît conforme à l'esprit de l'article, on pourrait ajouter ces mots : *sur la nature, ou l'origine, ou l'espèce de toutes marchandises.* » Cet amendement ne fut pas adopté par le Conseil d'Etat [1]. Il suit de là que ce n'est pas seulement le défaut d'identité que la loi a voulu atteindre, ce sont aussi les différences qui changent la nature de la marchandise : mais il faut que l'acheteur ait été trompé sur cette *nature* même ; s'il ne l'avait été que sur la *qualité* ou sur le prix, il n'y aurait lieu à aucune poursuite correctionnelle. L'acheteur peut débattre le prix, il peut s'assurer de la qualité de la marchandise; mais, quant à sa nature, sa confiance est souvent forcée.

Il suit de là qu'il y a tromperie sur la nature des choses vendues : 1° lorsque le prévenu a introduit des corps étrangers et d'un prix très-inférieur dans les marchandises vendues [2]; 2° lorsque la marchandise annoncée comme contenant telle substance, n'en contient qu'une quantité inefficace [3]; 3° lorsque des graines de vers à soie, vendues comme excellentes et fécondes, sont devenues inertes et impropres à la reproduction, par leur immersion dans un liquide pour en retarder l'éclosion [4].

2416. En général cependant, pour qu'il y ait tromperie sur la nature de la marchandise vendue, « il faut que cette marchandise ait été donnée pour ce qu'elle n'a jamais été, ou qu'elle ait été tellement altérée que sa nature première ait disparu ou qu'elle ait été rendue impropre à l'usage auquel elle était destinée [5] ». Ainsi, lorsqu'un individu est prévenu

[1] Procès-verbaux du Conseil d'État, séance du 18 janv. 1810.
[2] Cass., 28 mars 1862, Bull. n. 96; 4 juill. 1862, Bull. n. 162.
[3] Cass., 2 janv. 1863, Bull. n. 1.
[4] Cass., 15 fév. 1866, Bull. n. 43.
[5] Cass., 8 avril 1864, Bull. n. 90.

d'avoir vendu pour du guano pur du Pérou, un mélange composé pour moitié de guano pur et pour moitié d'un guano d'une qualité inférieure, il résulte bien de cette prévention que la marchandise a été amoindrie dans sa qualité, mais non qu'elle ait été dénaturée dans son essence. Que si le mélange substitué au guano pur a eu pour effet de modifier les éléments fertilisateurs, naturels et substantiels de cet engrais, c'est là encore une modification et non une altération de la substance vendue [1]. La qualité peut être inférieure, la nature demeure la même.

2417. Mais la tromperie sur la qualité peut être considérée comme une tromperie sur la nature même de la chose vendue, si elle a eu pour effet de dénaturer cette chose, de la rendre impropre à sa destination et de l'altérer dans son essence. Cette distinction, introduite par la nature des choses, et consacrée par la jurisprudence, ne peut être nettement saisie que par l'examen des espèces dans lesquelles elle a été appliquée. Il était constaté par un arrêt qu'un individu avait vendu comme gluten, substance extraite de la farine, une pâte qui n'était composée que de la farine ordinaire : y avait-il tromperie sur la qualité ou sur la nature? La Cour de cassation a décidé que la tromperie portait sur la nature même de la marchandise [2]. Un autre individu avait mêlé de 15 à 25 pour cent de sulfate de chaux à l'amidon surfin qu'il avait vendu : il a été décidé que ce mélange, lorsqu'il n'était pas constaté que la nature du produit en fût altérée, ne constituait pas le délit, « attendu que le caractère essentiel du délit, c'est que la tromperie porte sur la nature même de la marchandise, sur son essence et non sur sa qualité, soit que la fraude provienne de ce que la chose vendue a été donnée pour ce qu'elle n'a jamais été, soit que, par un mélange étranger, elle ait été tellement altérée, que sa nature première ait disparu, ou qu'elle ait été rendue impropre à l'usage auquel elle était destinée [3]. » Mais, sur le renvoi prononcé par la Cour de cassation, la Cour saisie ayant reconnu

[1] Même arrêt.
[2] Cass., 27 fév. 1851, Bull. n. 68.
[3] Cass., 27 août 1858, Bull. n. 244.

que ce mélange avait dénaturé la marchandise, et déclaré en conséquence qu'il y avait délit, le pourvoi a dû être rejeté : « attendu que si le délit de tromperie sur la nature de la marchandise, prévu par l'art. 423, est autre que le délit de falsification puni, relativement aux substances alimentaires et médicamenteuses, par l'art. 1er de la loi du 27 mars 1851, et si l'on ne peut conséquemment condamner pour le premier de ces délits, par cela seul que la marchandise vendue a été falsifiée, il est certain aussi que la falsification peut dégénérer en tromperie sur la nature de l'objet vendu, si elle va jusqu'à dénaturer la substance [1]. » Enfin, un individu avait vendu un engrais qui ne contenait qu'un dixième de la substance fertilisante qu'il avait annoncée : il a été jugé « que si l'art. 423 ne s'applique, sauf l'exception qu'il exprime, qu'à la tromperie sur la nature des marchandises vendues, on ne saurait considérer comme une simple tromperie sur la qualité celle qui a tellement altéré la chose, que sa nature première a disparu ou qu'elle a été rendue impropre à l'usage auquel elle était destinée, qu'il y a tromperie sur la nature même de cette chose quand elle a été dénaturée par une mixtion frauduleuse, et que les éléments étrangers qui y ont été mélangés lui ont enlevé son caractère propre et ses effets [2]. » Au contraire, la tromperie ne porterait que sur la qualité, si, par exemple, le vendeur d'un sac de blé avait introduit dans l'intérieur un blé d'une qualité inférieure [3]; mais dans ce cas, comme il s'agit d'une substance alimentaire, la fraude rentre dans les termes de l'art. 1, n° 2, de la loi du 27 mars 1851 [4].

2418. Cette règle admet deux exceptions : la première relative aux matières d'or et d'argent, la deuxième aux pierres précieuses.

Il suffit, dans le premier cas, que l'acheteur ait été trompé *sur le titre* des matières d'or ou d'argent, pour que l'art. 423 soit applicable. Les titres légaux des ouvrages d'or et d'argent

1 Cass., 10 fév. 1859, Bull. n. 51.
2 Cass., 22 fév. 1861, Bull. n. 42.
3 Cass., 11 mars 1859, Bull. n. 78.
4 Même arrêt.

sont fixés par l'art. 4 de la loi du 19 brumaire an VI. Les articles 65, 79 et 88 de la même loi portent des peines pécuniaires contre les marchands et fabricants qui fourrent d'une matière étrangère les ouvrages d'or et d'argent, qui vendent pour fin des ouvrages en or ou en argent faux, ou qui ne désignent pas le titre de l'ouvrage qu'ils vendent. Ces peines n'ont pas cessé d'être applicables dans les cas spéciaux pour lesquels elles ont été établies ; mais toutes les fois que la contravention ou la fraude prend les caractères d'une tromperie envers l'acheteur, et qu'elle porte sur le titre même de l'ouvrage d'or ou d'argent objet de la vente, le Code pénal, ayant dérogé sur ce point à la loi du 19 brumaire an VI, doit seul être appliqué, sauf l'interdiction du commerce d'or et d'argent portée par les art. 79 et 80 de cette loi contre les fabricants et les marchands contrevenants, interdiction prononcée à raison de leur qualité, et qui peut se cumuler, dès que la contravention est constatée, avec les peines portées par le Code.

Il suffit, dans le second cas, que l'acheteur ait été trompé sur la qualité *d'une pierre fausse vendue pour fine*, pour motiver l'application de l'art. 423. Mais ces expressions empruntées à l'art. 39 de la loi du 19-22 juillet 1791 ne sont point exactes ; car, si la pierre vendue pour fine est fausse, ce n'est pas seulement sur sa qualité que l'acheteur a été trompé, c'est sur sa nature même. Si la pierre, sans être fausse, n'est pas de la qualité convenue, l'art. 423 n'est plus applicable ; si, sans être fausse, elle est d'une autre nature, ce fait reprend le caractère du délit, mais en faisant application, non point de la disposition spéciale relative aux pierres fines, mais de la disposition relative aux marchandises en général.

2419. Ici doivent se placer les incriminations nouvelles ajoutées à l'art. 423 par la loi du 27 mars 1851. L'art. 1er de cette loi porte : « Seront punis des peines portées par l'art. 423 du Code pénal : 1° ceux qui falsifieront des substances ou denrées alimentaires ou médicamenteuses destinées à être vendues ; 2° ceux qui vendront ou mettront en vente des substances ou denrées alimentaires ou médicamenteuses qu'ils sauront être falsifiées ou corrompues. » Il résulte de ces dispositions deux nouveaux délits dont il faut apprécier les éléments.

2420. Posons d'abord quelques règles qui s'appliquent à toutes les solutions qui vont suivre. La première est que la loi du 27 mars 1851, comme l'art. 423, ne s'applique qu'aux tromperies sur la nature de la marchandise, et non aux tromperies sur la qualité. Ce point a été reconnu par un arrêt qui dispose « qu'il résulte des dispositions combinées de l'art. 423 et de l'art. 1er de la loi du 27 mars 1851, que la tromperie dans la vente de toute marchandise n'est punissable qu'autant qu'elle porte sur la nature des choses livrées ou sur leur quantité; que la tromperie sur la qualité de la chose vendue est restreinte par l'art. 423 aux pierres fausses vendues pour fines, et qu'on ne saurait l'étendre à toutes les autres marchandises; que la fraude pratiquée dans ces cas ne peut donner lieu qu'à une action civile en rescision de la vente ou en réduction de prix [1]. » Il ne faut pas perdre de vue d'ailleurs la distinction qui a été établie dans notre n° 2189, et qui s'applique évidemment ici toutes les fois que la tromperie sur la qualité est assez grave pour affecter la nature même du produit et le rendre impropre à sa destination; cette tromperie doit être considérée comme portant sur la nature même de ce produit.

2421. Une autre règle, non moins utile à rappeler, est que la loi du 27 mars 1851, de même que l'art. 423, s'applique non-seulement aux ventes en détail des denrées, mais à la vente en gros, à la fabrication en vue de la vente. Cette seconde règle, qui s'appuie d'ailleurs sur l'esprit et le but de la loi, est écrite dans un arrêt qui dispose « que l'art. 423, par ces mots : « quiconque aura trompé l'acheteur, » et l'art. 1er de la loi du 27 mars 1851, par ceux-ci : « ceux qui auront trompé ou tenté de tromper sur la quantité des choses livrées les personnes auxquelles ils vendent ou achètent, » ont entendu comprendre tous les vendeurs ou les acheteurs des marchandises sur la quantité desquelles on aurait trompé ou tenté de tromper, que cette vente soit faite en gros ou en détail, et que les marchandises soient exposées en vente dans le magasin du fabricant ou d'un détaillant [2]. »

[1] Cass., 3 déc. 1853, Bull. n. 569.
[2] Cass., 14 avril 1855, Bull. n. 127.

2422. Une troisième règle est que, bien que l'art. 423 et la loi du 27 mars 1851 n'aient énoncé que la vente, la même raison doit faire étendre la même incrimination à l'échange, qui n'est qu'un mode de la vente, et même, suivant la jurisprudence, à l'apport de la denrée falsifiée dans une société, qui renfermerait encore une véritable vente. Un arrêt décide : « que l'échange n'est qu'un mode de vente dont le législateur doit protéger la sincérité aussi bien que celle de la vente proprement dite ; que si la loi n'admet pas l'action en rescision pour cause de lésion dans le contrat d'échange, c'est parce que, dans la plupart des cas, les contractants donnent aux objets échangés une valeur d'affection qu'on ne saurait prendre pour base de leur valeur réelle ; que cette circonstance ne se rencontre pas dans l'espèce[1]. » Un autre arrêt décide encore : « que, d'une part, les vins frauduleusement mélangés étaient destinés à être vendus aux tiers, et que, d'autre part, l'apport de ces vins falsifiés dans la société en participation, avec estimation de leur valeur, ayant eu pour conséquence d'en transférer la propriété à l'être moral de la société, constituait sous ce rapport, au profit de ladite société, une aliénation et une vente qui, aux termes de l'art. 18 du Code de commerce et 1845 du Code civil, soumettait le prévenu aux obligations imposées par la loi au vendeur envers son acheteur ; d'où il suit que la fabrication des vins dont il s'agit rentre, à un double point de vue, dans l'application des nos 1 et 2 de l'art. 1er de la loi du 27 mars 1851[2]. » Cette dernière solution soulève toutefois quelque difficulté, d'abord en ce que si l'apport en société, de même que la dation en paiement d'une chose, ont quelques-uns des effets de la vente, ces contrats cependant en diffèrent et ne sont pas dès lors compris dans le terme employé par la loi pénale ; ensuite, en ce que cette loi, qui a voulu assurer la sécurité du commerce, s'applique surtout aux ventes qui ne sont pas suivies d'une vérification immédiate, ou dans lesquelles cette vérification n'est pas possible.

2423. L'application de la loi doit au surplus être limitée

[1] Cass., 18 nov. 1858, Bull. n. 273.
[2] Cass., 14 mai 1858, Bull. n. 152.

aux conventions qui renferment une vente, une aliénation quelconque à titre onéreux; elle ne pourrait être étendue, par exemple, à l'exagération d'une facture établissant le prix d'un travail. Il a été déclaré dans ce sens par un arrêt « que la loi du 27 mars 1851 a pour objet de réprimer d'une manière plus efficace que ne le faisaient les art. 418, 423 et 475, n° 14 du C. pén., certaines fraudes commises dans les ventes; que, de même que ces articles, elle entend protéger la loyauté et la fidélité uniquement dans les transactions de ce genre, ainsi que le prouvent l'exposé des motifs et le texte même de la loi qui ne parlent que de vente, mise en vente, acheteur et vendeur; que la question dans l'espèce est donc de savoir s'il y a eu vente; que, d'après les constatations de l'arrêt attaqué, il s'agissait, non d'une vente, mais d'un louage d'industrie, qu'il n'y a eu ni vendeur, ni acheteur, mais un entrepreneur dont les travaux étaient réglés à la mesure et payés suivant cette mesure par les propriétaires qui le mettaient en œuvre [1]. »

2424. Ces premières règles posées, nous arrivons au délit de falsification des substances alimentaires, qui fait l'objet du n° 1 de l'art. 1er de la loi du 27 mars 1851. On doit entendre par substances alimentaires toutes celles qui sont destinées à l'alimentation. La jurisprudence a rangé avec raison dans cette classe le lait [2] et le vinaigre [3], qu'on prétendait classer parmi les boissons. La falsification s'entend de tout mélange frauduleux qui tend à détériorer la substance alimentaire : il importe peu que cette détérioration ne soit pas assez grave pour que la substance devienne impropre à sa destination; ici ne s'applique plus la distinction que nous avons établie relativement à la tromperie sur la nature de la chose vendue. (*Voy.* n° 2192.) Ainsi, dans une espèce où le vendeur avait, dans trois sacs de blé, frauduleusement superposé du blé nouveau sur du blé ancien d'une qualité inférieure, la juridiction correctionnelle avait décidé que cette fraude ne tombait pas dans l'application

[1] Cass., 5 fév. 1869, Bull. n. 31.
[2] Cass., 2 mars 1855, Bull. n. 79 et 80.
[3] Cass., 15 déc. 1855, Bull. n. 402.

de la loi parce que la différence dans la valeur des deux blés n'était pas assez considérable et la qualité du mélange assez sensiblement moins propre à l'usage auquel la chose était destinée, pour constituer le délit de falsification ; mais la cassation a été prononcée : « attendu qu'une telle distinction n'est point admise par la loi ; qu'il suffit, en effet, pour son application, que la substance alimentaire destinée à être vendue ait été falsifiée, soit que la falsification porte sur la nature ou sur la qualité de la substance; que cette falsification résulte de tout mélange frauduleux tendant à détériorer la substance annoncée au préjudice de l'acheteur, et que le peu d'importance de ce préjudice ne suffit pas pour faire disparaître le délit[1]. »

2425. Il suit de là que le même fait de vente, quand il s'agit d'une substance destinée à l'alimentation, peut ne pas constituer une tromperie sur la nature de la chose, suivant les termes de l'art. 423, parce qu'elle ne porte que sur la qualité, et constituer une falsification de cette chose, parce que cette falsification peut résulter de la tromperie soit sur la nature, soit sur la qualité. Dans l'espèce même des sacs de blé dont il vient d'être parlé, il avait été jugé par un autre tribunal que la tromperie qui consistait à mettre au fond des sacs du blé d'une qualité inférieure, ne rentrait pas dans les termes de l'art. 423, et le pourvoi a été rejeté sur ce point, « parce que le fait ainsi précisé ne peut constituer qu'une tromperie sur la qualité de la marchandise qui ne rentre point dans les prévisions de l'article 423[2]. » Mais il avait été jugé en même temps que ce fait constituait la falsification prévue par l'art. 1er de la loi du 27 mars 1851, et le pourvoi a encore été rejeté sur ce second point, « attendu que la falsification résulte de tout mélange frauduleux tendant à détériorer la substance annoncée au préjudice de l'acheteur, ou de l'introduction faite frauduleusement de denrées alimentaires d'une qualité inférieure dans des marchandises de même nature, présentant extérieurement les apparences d'une qualité supérieure; que tels ont été précisément le caractère et le résultat du fait constaté par l'arrêt attaqué,

1 Cass., 27 avril 1854, Bull. n. 122.
2 Cass., 11 mars 1859, Bull. n. 78.

puisque dans ce fait se rencontrent les trois circonstances de l'introduction frauduleuse d'une marchandise inférieure placée sous une marchandise supérieure en qualité, de la détérioration que le mélange a produit sur l'ensemble de la marchandise vendue, et du préjudice qui en devait résulter pour l'acheteur [1]. »

2426. Il faut toutefois apprécier avec soin si les denrées altérées, bien que pouvant servir à l'alimentation, y étaient destinées, ou si elles étaient destinées à un usage industriel, et non à l'alimentation, car, dans ce dernier cas, la tromperie cesserait d'être punissable si elle portait seulement sur la qualité et non sur la nature. Cette restriction a été sainement appliquée dans une espèce où la farine détériorée et ne contenant que de l'amidon n'était pas destinée à l'alimentation. Un arrêt qui avait fait application à ce cas de l'art. 1er de la loi du 27 mars 1851 a été cassé, « attendu qu'il est constaté que le prévenu fabriquait des farines complétement dépourvues de gluten et impropres à l'alimentation; que l'arrêt ne constate pas que ces farines, ayant une destination particulière, dussent être vendues comme denrées alimentaires; qu'enfin il ne résulte d'aucun des motifs que ces farines ainsi fabriquées ne pouvaient servir qu'à l'alimentation et étaient impropres à tout autre usage industriel ou commercial [2]. »

2427. L'art. 1er de la loi du 27 mars 1851 place à côté de la falsification des denrées alimentaires celle des denrées médicamenteuses destinées à être vendues. Il est évident que cette disposition s'applique aussi bien aux substances liquides qu'aux substances solides [3]. Elle s'applique même aux sangsues qui, étant adoptées par l'art de guérir comme agent nécessaire, doivent être assimilées aux substances médicamenteuses [4]. Elle s'applique enfin aux remèdes secrets, bien que ces remèdes ne soient pas dans le commerce et que leur débit soit lui-même un délit; la raison en est « que la vente des remèdes secrets

[1] Même arrêt.
[2] Cass., 15 mai 1857, Bull. n. 191.
[3] Cass., 14 avril 1855, Bull. n. 128.
[4] Cass., 9 juill. 1856, Bull. n. 195.

n'implique pas de la part de l'acheteur un concours frauduleux et illicite, non plus qu'elle ne constitue à son profit un bénéfice quelconque appréciable ; qu'il en résulte au contraire à son préjudice un dommage présumé ; que cette présomption découle de la nature et de l'objet même des dispositions des art. 36 de la loi du 21 germinal an XI et 1er de la loi du 29 pluviôse an XIII, qui répriment et punissent, mais à l'égard des vendeurs seulement, la vente des remèdes secrets ; qu'il suit de là que le fait d'avoir acheté ces remèdes ne peut seul et par lui-même détruire ou modifier le droit de l'acheteur de poursuivre par les voies légales la réparation des dommages divers éprouvés par suite de cette vente ; que ce fait peut bien moins encore faire obstacle à la poursuite des crimes ou délits dont il aurait été le prétexte ou l'occasion ; que cette impunité constituerait en effet un trouble violent à l'ordre public, impunité d'ailleurs d'autant moins justifiable qu'elle ne trouverait sa raison d'être que dans un acte illicite, punissable lui-même, et qui produirait tous les effets d'une excuse légale[1]. »

2428. Après avoir incriminé la falsification des substances ou denrées alimentaires ou médicamenteuses destinées à être vendues, l'art. 1er, n° 2, de la loi du 27 mars 1851 incrimine « ceux qui vendront ou mettront en vente des substances ou denrées alimentaires ou médicamenteuses qu'ils sauront être falsifiées ou corrompues ». Il faut remarquer d'abord que ce délit se compose de deux éléments distincts : la vente ou mise en vente de substances alimentaires ou médicamenteuses falsifiées ou corrompues, et la connaissance de la part du vendeur que ces substances étaient falsifiées ou corrompues[2]. Ainsi, il ne suffit pas, pour l'existence du délit, que le prévenu soit reconnu coupable de la mise en vente d'une substance corrompue, il faut encore qu'il soit reconnu qu'il connaissait cet état de corruption. La falsification ou l'état de corruption des substances est un fait qu'il appartient à la juridiction correctionnelle d'apprécier, et sa déclaration sur ce point est souveraine[3].

[1] Cass., 8 juin 1855, Bull. n. 201 ; 7 déc. 1855, Bull. n. 390.

[2] Cass., 5 fév. 1858, Bull. n. 35.

[3] Cass., 9 nov. 1854, Bull. n. 351 ; 9 juill. 1858, Bull. n. 195; 3 fév. 1859, Bull. n. 41,

Il n'est pas nécessaire d'ailleurs que la substance falsifiée ou corrompue soit nuisible à la santé ; c'est là une condition d'aggravation de la peine, mais non un élément du délit. Ce point a été reconnu par un arrêt qui porte : « que l'art. 475, n° 14, dont l'art. 1er, n° 2, de la loi du 27 mars n'a voulu qu'aggraver la peine, punissait la mise en vente des comestibles gâtés, corrompus ou nuisibles, ce qui impliquait que la corruption de la marchandise suffisait, sans qu'il fût besoin qu'elle réunît la condition de nocuité ; que c'est dans le même sens qu'est rédigé l'art. 1er de la nouvelle loi ; que si la simple corruption n'eût pas paru suffisante au législateur, et s'il eût voulu y ajouter la condition que cette altération fût de nature à nuire à la santé du consommateur, il n'eût pas manqué de le dire textuellement ; qu'en employant le mot *corrompues* seul, il a suffisamment exprimé qu'il y aurait délit dès que le vendeur tromperait l'acheteur en vendant ou mettant en vente des substances alimentaires qu'il saurait être corrompues, quel que soit d'ailleurs le plus ou moins d'inconvénient que pourrait avoir l'emploi de ces substances[1]. »

2429. Nous passons maintenant au deuxième délit prévu par l'art. 423, à la tromperie sur la *quantité* des choses vendues par l'emploi de *faux poids ou de fausses mesures.*

Cette infraction a été diversement appréciée par la législation, mais elle a toujours été punie, car la sûreté du commerce dépend de l'exactitude des poids et mesures. La loi romaine punissait comme faussaires ceux qui fabriquaient de faux poids ou de fausses mesures ou qui s'en servaient pour tromper[2] ; et notre ancienne jurisprudence avait conservé cette qualification[3]. Cependant plusieurs coutumes ne punissaient que d'une amende arbitraire la vente à faux poids et à fausses mesures[4].

Notre législation moderne a de nombreuses dispositions sur

[1] Cass., 29 août 1857, Bull. n. 327.

[2] L. 32, Dig. ad leg. Corn. de falsis; L. 52, Dig. de furtis ; l. 18, Dig. de dolo.

[3] Damhouderius, cap. 123, p. 389 ; Farinacius, quæst. 150, n. 75 ; Jousse, t. 3, p. 371.

[4] Coutumes du Maine, t. 10, art. 192 ; Coutumes de la Marche, ch. 27, art. 340 et 342.

cette matière. Les articles 22 et 23 du titre 1er de la loi du 19-22 juillet 1791 portaient : « En cas d'infidélité des poids et mesures dans la vente des denrées et autres objets qui se débitent à la mesure, au poids ou à l'aune, les faux poids ou fausses mesures seront confisqués et brisés, et l'amende sera, pour la première fois, de 100 livres au moins et de la quotité du droit de patente du vendeur; si ce droit est de plus de 100 livres, les délinquants seront en outre condamnés à la détention de la police municipale; et, en cas de récidive, les prévenus seront renvoyés à la police correctionnelle. » L'art. 40 du titre 2 de la même loi ajoutait : « Ceux qui, condamnés une fois par la police municipale pour infidélité sur les poids et mesures, commettraient de nouveau le même délit, seront condamnés par la police correctionnelle à la confiscation des marchandises fausses, ainsi que des faux poids et fausses mesures, lesquels seront brisés; à une amende qui ne pourra excéder 1,000 livres, et à un emprisonnement qui ne pourra excéder une année. » Enfin l'art. 46 du Code du 25 septembre-6 octobre 1791 complétait ces mesures : « Quiconque sera convaincu d'avoir sciemment et à dessein vendu à faux poids ou à fausses mesures, après avoir été puni précédemment deux fois, par voie de police, à raison d'un délit semblable, subira la peine de quatre années de fers. »

On doit remarquer que ces diverses dispositions, si différentes par la gravité des peines qu'elles portent, punissent cependant le même fait, l'emploi fait sciemment de faux poids et de fausses mesures dans la vente des denrées et des marchandises : si la peine grandit et s'aggrave depuis une simple amende de 100 livres jusqu'à quatre années de fers, c'est à raison de la persistance de l'agent, du nombre des récidives; mais le délit conserve son caractère et ses mêmes éléments. Il est aisé, du reste, de retrouver dans l'art. 46 du Code de 1791, article placé parmi les dispositions répressives du faux, les traces de l'influence de la loi romaine qui avait, ainsi que nous l'avons vu, qualifié faux l'usage des fausses mesures et des faux poids.

2430. Une distinction ne tarda pas à être introduite dans la législation. L'uniformité des poids et mesures, objet des in-

fructueux efforts des anciennes ordonnanees, fut l'une des premières dispositions décrétées par l'Assemblée constituante. Les lois des 8 mai et 8 décembre 1790 préparèrent cette mesure ; le décret du 26 mars 1791 en posa la base; celui du 1er août 1793 exposa le nouveau système métrique décimal ; les lois des 18 germinal an III et 1er vendémiaire an IV, les arrêtés des 23 pluviôse an VI, 19 germinal an VII, 19 frimaire an VIII et 13 brumaire an IX, enfin le décret du 12 février 1812, eurent successivement pour objet de faciliter l'application de ce nouveau système, et d'en répandre de plus en plus la connaissance et l'usage. L'ordonnance du 18 décembre 1825 résuma toutes les dispositions éparses dans ces lois, qui avaient pour but de soumettre les poids et les mesures à une incessante vérification. Enfin la loi du 4 juillet 1837, mettant un terme à toutes les transactions et à tous les délais successivement consentis par le législateur, a déclaré interdits tous poids et mesures autres que ceux qui constituent le système décimal métrique.

L'une des premières dispositions de cette nouvelle législation a été la prévision d'une infraction nouvelle. Le simple usage, la simple possession des poids et mesures anciennes, et qui par là même sont réputés faux, ont été incriminés. Jusque-là la loi n'avait puni que l'usage fait sciemment des faux poids et mesures ; elle commença alors à punir la seule détention des poids et mesures supprimés. Cette infraction fut qualifiée simple contravention, et ce n'est qu'en cas de fraude et de mauvaise foi que l'emploi des mesures illégales fut qualifié délit. L'art. 11 de la loi du 1er vendémiaire an IV offre la première trace de cette distinction : « Les contrevenants, porte cet article, seront punis de la confiscation des mesures fausses, et, s'ils sont prévenus de mauvaise foi, ils seront traduits devant le tribunal correctionnel, qui prononcera une amende dont la valeur pourra s'élever jusqu'à celle de la patente du délinquant. »

2431. Le Code pénal a consacré la même distinction; on lit dans l'exposé des motifs : « Le Code contient des dispositions non-seulement contre ceux qui font usage de faux poids ou de fausses mesures, mais encore contre ceux qui se servent d'au-

tres poids ou d'autres mesures que ceux qui ont été établis par les lois de l'Etat. Ces deux actes n'étant pas susceptibles d'une assimilation parfaite, il a dû être établi quelque différence dans les peines. Un mot suffira pour en faire sentir la nécessité. En effet, l'usage des faux poids et des fausses mesures comprend nécessairement une fraude. Il n'en est pas de même de l'usage des poids ou mesures anciennes; celui-ci peut n'être pas accompagné de fraude, et si la fraude n'existe pas, ce n'est point un délit, c'est une contravention. »

Cette double incrimination est prévue par les art. 423, 424, 479, n°s 5 et 6, 480, n° 2, et 481, n° 1. L'art. 423, dans sa deuxième disposition, est ainsi conçu : « Quiconque, par usage de faux poids ou de fausses mesures, aura trompé sur la quantité des choses vendues, sera puni de l'emprisonnement pendant trois mois au moins, un an au plus, et d'une amende qui ne pourra excéder le quart des restitutions et dommages-intérêts, ni être au-dessous de cinquante francs. Les objets du délit, ou leur valeur, s'ils appartiennent encore au vendeur, seront confisqués. Les faux poids et les fausses mesures seront confisqués, et de plus seront brisés. » L'art. 424 établit avec précision la distinction que nous avons posée : « Si le vendeur et l'acheteur se sont servis, dans leurs marchés, d'autres poids ou d'autres mesures que ceux qui ont été établis par les lois de l'Etat, l'acheteur sera privé de toute action contre le vendeur qui l'aura trompé par l'usage des poids ou mesures prohibés, sans préjudice de l'action publique pour la punition tant de cette fraude que de l'emploi même des poids et des mesures prohibés. La peine, en cas de fraude, sera celle portée par l'article précédent. La peine pour l'emploi des mesures et poids prohibés sera déterminée par le livre 4 du présent Code, contenant les peines de simple police. » L'art. 479 contenait dans son n° 5, aujourd'hui abrogé, les dispositions suivantes : « Seront punis d'une amende de 11 à 15 francs, ceux qui auront de faux poids ou de fausses mesures dans leurs magasins, boutiques, ateliers ou maisons de commerce, ou dans les halles, foires ou marchés; sans préjudice des peines qui seront prononcées par les tribunaux de police correctionnelle contre ceux qui auraient fait usage de ces faux poids ou de ces fausses me-

sures, ceux qui emploieront des poids ou des mesures différents de ceux qui sont établis par les lois en vigueur. » L'article 480 ajoute : « Pourra, selon les circonstances, être prononcée la peine d'emprisonnement pendant cinq jours au plus...; 2° contre les possesseurs de faux poids ou de fausses mesures; 3° contre ceux qui emploient des poids ou des mesures différents de ceux que la loi en vigueur a établis. » L'art. 481 prononce de plus la peine de la confiscation : « Seront saisis et confisqués les faux poids, les fausses mesures, ainsi que les poids et mesures différents de ceux que la loi a établis. » Enfin l'art. 4 de la loi du 4 juillet 1837 est ainsi conçu : « Ceux qui auront des poids et mesures autres que les poids et mesures ci-dessus reconnus, dans leurs magasins, boutiques, ateliers ou maisons de commerce, ou dans les halles, foires et marchés, seront punis comme ceux qui les emploieront, conformément à l'art. 479 du Code pénal. »

Il faut ajouter à toutes ces dispositions celles qui sont contenues dans la loi du 27 mars 1851. L'art. 1er de cette loi, dont nous avons déjà examiné les deux premiers paragraphes, porte : « Seront punis des peines portées par l'art. 423 du Code pénal..... 3° ceux qui auront trompé ou tenté de tromper sur la quantité des choses livrées, les personnes auxquelles ils vendent ou achètent, soit par l'usage de faux poids ou de fausses mesures, ou d'instruments inexacts servant au pesage ou mesurage, soit par des manœuvres ou procédés tendant à fausser l'opération du pesage ou du mesurage, ou à augmenter frauduleusement le poids ou le volume de la marchandise, même avant cette opération, soit enfin par des indications frauduleuses tendant à faire croire à un pesage ou mesurage antérieur et exact. » L'art. 3 ajoute : « Seront punis d'une amende de 16 à 25 fr. et d'un emprisonnement de 6 à 10 jours, ou de l'une de ces deux peines seulement, suivant les circonstances, ceux qui, sans motifs légitimes, auront dans leurs magasins, boutiques, ateliers ou maisons de commerce, ou dans les halles, foires ou marchés, soit des poids ou mesures faux ou autres appareils inexacts servant au pesage ou au mesurage, soit des substances alimentaires ou médicamenteuses qu'ils sauront être falsifiées ou corrompues. »

2432. Ces différents textes assignent aux deux infractions leurs caractères particuliers et distincts. Nous ne séparerons point l'examen de deux incriminations qui se trouvent si intimement liées l'une à l'autre, et nous allons successivement en développer les éléments.

La première, prévue par l'art. 423 et par l'art. 1er, n° 3, de la loi du 27 mars 1851, n'existe que par le concours de trois conditions : il est nécessaire que le vendeur ait eu l'intention de tromper, que la tromperie ait porté sur la quantité des choses vendues, que le moyen employé pour la consommer ait été ou l'emploi de faux poids ou de fausses mesures, ou des manœuvres tendant à fausser l'opération du pesage ou du mesurage, ou des indications frauduleuses tendant à faire croire à un pesage ou mesurage antérieur et exact.

Mais il y a lieu de remarquer que le troisième paragraphe de la loi s'applique, dans tous les cas qu'il prévoit, aux acheteurs aussi bien qu'aux vendeurs quand ils emploient des manœuvres frauduleuses qui viennent d'être indiquées. Ce point a été reconnu par un arrêt qui déclare : « qu'un des buts essentiels de la loi du 27 mars 1851 a été de rendre l'art. 423 applicable aux tromperies commises au préjudice des vendeurs ; que l'économie grammaticale et logique, aussi bien que l'esprit du § 3 de l'art. 1er, exclut la distinction qu'on voudrait faire entre les trois distinctions de ce paragraphe, pour limiter l'application de la troisième aux seules tromperies commises au préjudice des acheteurs [1]. »

2433. La loi exige formellement l'intention de tromper; elle ne punit que celui qui a trompé l'acheteur. L'art. 424 déclare même surabondamment que l'art. 423 n'est applicable qu'*en cas de fraude*, que cet article a pour objet *la punition de la fraude*. Ce n'est donc point d'une simple infraction matérielle qu'il s'agit ici, mais d'un délit moral; il ne suffit pas que la vente ait été faite avec usage de faux poids ou de fausses mesures, il faut que le vendeur ait agi sciemment, qu'il ait connu la fausseté ou l'inexactitude des poids ou des mesures qu'il employait, qu'il ait voulu tromper. Cette première condition du

[1] Cass., 4 mars 1864, Bull. n. 58.

délit est formellement reproduite par la loi du 27 mars 1851, qui ne s'applique, dans le n° 3 de l'art. 1er, qu'à « ceux qui auront trompé ou tenté de tromper. » C'est donc la tromperie, c'est-à-dire la manœuvre frauduleuse qui tend à induire l'une des parties en erreur sur la chose vendue, qui constitue le premier élément du délit : si cette fraude est écartée, le délit n'existe plus[1].

2434. La deuxième condition du délit est que l'acheteur ait été trompé *sur la quantité des choses vendues :* c'est là le préjudice matériel. Si ce préjudice n'existait pas, les éléments du délit s'effaceraient; car il ne resterait, d'une part, qu'une intention frauduleuse non suivie d'effet, et, d'une autre part, qu'un emploi de poids ou de mesures fausses sans tromperie. Il est donc nécessaire que l'acheteur ait été trompé, que la fraude ait été consommée, ou, comme on le verra plus loin, qu'il y ait eu tentative de tromperie. On avait prétendu que la loi du 27 mars 1851 ne s'appliquait qu'aux rapports du détaillant au consommateur, et non du fabricant au détaillant, qui sait toujours ce qu'il achète. Il a été reconnu, ainsi qu'on l'a déjà dit, que les termes généraux de l'art. 423 et de l'art. 1er, n° 3, de la loi ont entendu comprendre tous les vendeurs ou les acheteurs des marchandises sur la quantité desquelles on aurait trompé ou tenté de tromper, que cette vente soit faite en gros ou en détail, dans le magasin du fabricant ou du détaillant : l'allégation d'une prétendue complicité entre l'un et l'autre ne peut faire échapper le premier à la responsabilité qu'il encourt par la simple exposition de la marchandise[2].

2435. Le troisième élément consiste dans le moyen employé pour effectuer la tromperie; il faut, en premier lieu, qu'elle ait été commise par *usage de faux poids ou de fausses mesures.* Que faut-il entendre par faux poids et fausses mesures? On distingue les poids et mesures *faux*, et les poids et mesures *différents de ceux qui sont établis par la loi.*

Les premiers sont ceux qui n'ont pas la pesanteur ou la forme voulue par la loi. Peu importe que ces poids et mesures soient revêtus du poinçon de vérification. Cette marque n'éta-

[1] Cass., 5 fév. 1858, Bull. n. 35; 22 nov. 1860, Bull. n. 246.
[2] Cass., 14 avril 1855, Bull. n. 127; 6 janv. 1870, Bull. n. 2.

blit qu'une présomption de la conformité des poids et mesures avec les étalons, présomption qui disparaît nécessairement devant la preuve contraire. S'il en était autrement, si l'on ne pouvait considérer comme faux des poids et mesures revêtus de la marque destinée à en constater la légalité, il s'ensuivrait que tout marchand pourrait, après avoir soumis ses poids et ses mesures à la vérification, les altérer impunément sous la garantie du signe destiné à prévenir cette altération, de sorte que la précaution de la loi contre la fraude tournerait tout entière au profit de la fraude même [1].

Les poids et mesures différents de ceux établis par les lois sont les mesures et les poids anciens, ou ceux qui, justes et décimaux, ne sont pas marqués du poinçon de l'Etat et du poinçon de vérification [2]. Nous verrons plus loin si ces poids et mesures irréguliers peuvent, dans quelques cas, être assimilés aux poids et mesures faux.

2436. L'art. 423 n'a prévu que l'emploi des faux poids et des fausses mesures; le seul usage des poids et mesures irréguliers ne suffirait donc pas, d'après son texte, pour constituer, lors même qu'il serait accompagné de fraude, le délit qu'il punit. Mais ses termes ont été étendus par l'art. 424 à ce dernier cas. Cet article prévoit l'hypothèse où le vendeur et l'acheteur se sont servis, dans leurs marchés, d'autres poids ou d'autres mesures que ceux qui ont été établis par les lois, et il prononce une double peine : d'une part, il prive l'acheteur de toute action contre le vendeur; de l'autre, il punit le vendeur, en cas de fraude, des peines portées par l'art. 423, et, s'il a agi sans fraude, des peines portées par l'art. 479 [3].

L'exposé des motifs du Code explique cette disposition en ces termes : « Lorsque les acheteurs consentent à ce qu'on emploie à leur égard des poids et mesures que la loi prohibe, ils se rendent complices d'une contravention; ils ont dû prévoir les risques auxquels ils se sont exposés, et la loi leur refuse tout secours pour en obtenir la réparation. Ainsi le vendeur et

[1] Cass., 26 fév. 1836, Bull. n. 190; 16 oct. 1841, Bull. n. 305.

[2] Cass., 26 juin 1841, Bull. n. 189; 9 déc. 1842, Bull. n. 322; Devill., 43.1.523.

[3] Cass., 13 fév. 1845, Bull. n. 49; Devill., 45.1.224.

même l'acheteur, quoique trompés, seront punis : le premier, pour avoir commis une faute et une contravention, et on lui appliquera la peine relative à l'usage des faux poids et des fausses mesures; quant au second, c'est-à-dire à l'acheteur, il sera condamné, pour sa contravention, à une peine de simple police. »

Ces lignes renferment évidemment une double inexactitude. D'abord, l'acheteur ne peut être puni comme complice d'une contravention, puisque les règles de la complicité ne s'appliquent qu'aux crimes et aux délits. Ensuite, il ne peut être également puni pour avoir fait usage des poids et mesures prohibés, puisque cet usage est le fait du vendeur et non le sien, et qu'il n'a commis d'autre faute que de consentir à leur emploi. Ce n'est donc que dans le cas où la marchandise aurait été livrée au domicile de l'acheteur, où le pesage ou le mesurage aurait eu lieu à ce domicile, que l'acheteur pourrait être responsable des poids et mesures qu'il aurait employés. Ces dispositions se trouvent aujourd'hui modifiées sous un double rapport par la loi du 27 mars 1851. En premier lieu, cette loi, tout en maintenant une différence dans la pénalité applicable au fait d'usage des poids et mesures faux et au fait de simple possession de ces poids et mesures, a néanmoins élevé ce dernier fait au rang des délits. L'art. 1er, n° 3, punit des peines de l'art. 423 ceux qui auront trompé par l'usage de faux poids ou de fausses mesures; l'art. 3 punit d'une amende de 16 à 25 francs et d'un emprisonnement de six à dix jours, ou de l'une de ces deux peines seulement, ceux qui, sans motifs légitimes, auront dans leurs magasins, boutiques, ateliers ou maisons de commerce, soit dans les halles, foires et marchés, des poids et mesures faux; et l'art. 9 déclare l'art. 479, n° 5, abrogé. En second lieu, la loi nouvelle assimile aux poids et mesures faux, et attribue à leur usage et à leur possession les mêmes conséquences légales, « les autres appareils ou instruments inexacts servant au pesage ou au mesurage. »

2437. Les art. 423 et 424 ont soulevé quelques difficultés. La question s'est élevée de savoir si le marchand qui a trompé sur la quantité des choses vendues, par l'emploi, non de faux poids, mais de fausses balances, doit être passible de l'application de l'art. 423. La raison de douter est que les fausses balances ne

sont pas de faux poids; que la loi ne s'applique qu'aux faux poids; qu'il est d'usage dans le commerce de tarer ou ajuster, à chaque pesée, les fléaux et balances, parce que ces instruments sont susceptibles de variations et se maintiennent difficilement dans un juste équilibre; que leur incertitude ne peut les faire considérer comme faux. Mais la Cour de cassation a décidé : « que les balances sont des instruments nécessaires et indispensables pour l'emploi des poids; que les poids, fussent-ils exacts et légaux en eux-mêmes, deviendraient de faux poids par l'emploi de fausses balances; que, de cette corrélation indivisible entre les poids et les balances, il résulte que les fausses balances et les faux poids doivent nécessairement être considérés comme une seule et même chose[1]. » On peut ajouter à l'appui de cette décision que l'art. 22 de l'ordonnance du 17 avril 1839, rendue en vertu et pour l'exécution de la loi du 4 juillet 1837, déclare formellement que les balances, romaines et autres instruments de pesage sont soumis à la vérification. Ces instruments sont donc classés dans la catégorie des poids et soumis aux mêmes règles. La vente avec des balances fausses doit être considérée comme une vente à faux poids. Mais cette question ne peut plus s'élever depuis que la loi du 27 mars 1851 a assimilé, comme on vient de le voir, aux faux poids et aux fausses mesures, les instruments inexacts servant au pesage et au mesurage.

Mais que faut-il entendre par balances *fausses ?* Nous croyons que cette expression doit s'appliquer à celles qui sont inexactes dans leurs parties essentielles et constitutives, soit qu'elles aient été ou non vérifiées et poinçonnées. Ainsi la Cour de cassation a jugé que l'on doit considérer comme une fausse balance : 1° celle qui recèle dans un de ses plateaux *un paquet de papier* propre à tromper l'acheteur sur le véritable poids de la marchandise[2]; 2° celle à laquelle se trouve fixé un crochet de fer qui fait pencher la balance du côté destiné à recevoir la marchandise[3]. D'après cette jurisprudence, l'inexactitude même accidentelle suffit pour faire considérer la

[1] Cass., 29 avril 1831, Journ. du dr. crim., 1831, p. 249.
[2] Cass., 29 avril 1831, Journ. du dr. crim., 1831, p. 249.
[3] Cass., 23 fév. 1839, *ibid.*, 1839, p. 67.

balance comme fausse, lors même que ses parties essentielles sont exactes.

2438. Le marchand qui, en vendant une marchandise au poids, ajoute frauduleusement un poids quelconque au plateau de la balance qui la contient, commet-il le délit prévu par l'article 423? La Cour de cassation a résolu cette question par l'affirmative : « parce que ce fait a eu pour but et pour résultat de vendre, au prix du poids placé dans l'autre bassin de la balance, une marchandise qui n'était pas réellement l'équivalent ou la représentation exacte de ce poids[1]. » Qu'il y ait fraude et tromperie dans cette vente, cela ne peut être nié; mais les éléments du délit prévu par l'art. 423 s'y trouvent-ils réunis? L'un de ces éléments, n'est-ce pas l'usage de faux poids ou de fausses mesures? Où sont dans l'espèce ces faux poids? Mais la Cour de cassation a pensé que le poids déposé dans le plateau de la marchandise faussait la balance, comme le paquet de papier, comme le crochet de fer, et que cette altération, même accidentelle, de la vérité du pesage, devait faire considérer comme faux les instruments de ce pesage. Il semble que ce procédé devrait plutôt rentrer dans le paragraphe suivant de l'art. 1er, n° 3, de la loi du 27 mars 1851, qui punit la tromperie commise « par des manœuvres ou procédés tendant à fausser l'opération du pesage ou du mesurage. » Cette disposition sera examinée un peu plus loin.

2439. Voici maintenant la deuxième incrimination formulée par la loi en matière de poids et mesures. Le législateur ne s'attache, dans cette seconde disposition, qu'à un seul fait matériel; il fait abstraction de la bonne foi ou de l'intention frauduleuse du vendeur; l'infraction consiste tout entière dans la possession ou dans l'emploi de tous poids et mesures faux ou inexacts.

Cette infraction était autrefois de deux sortes. Le § 5 de l'article 479 punissait le seul fait de possession de *faux poids* ou de *fausses mesures* par les marchands et fabricants *dans leurs magasins*, *boutiques*, *ateliers ou maisons de commerce*, *ou dans*

[1] Cass., 8 fév. 1839; *ibid.*, 1839, p. 364; Cass., 16 oct. 1841, Bull. n. 305; 11 avril 1851, Bull. n. 138.

les halles, foires et marchés : cette possession était punie indépendamment de tout emploi de ces faux poids ou de ces fausses mesures[1]. Le § 6 du même article prévoit, au contraire, non plus la simple possession, mais l'emploi de poids ou mesures autres que ceux qui sont légalement établis. Cette incrimination s'étend d'une manière générale à toutes les ventes ; elle n'est plus limitée à celles que font les marchands dans leurs maisons de commerce.

Ces deux paragraphes correspondent aux art. 423 et 424. L'art. 423 punit l'usage frauduleux des faux poids et des fausses mesures ; le § 5 de l'art 479 a pour objet la seule possession, dans les lieux de commerce, des mêmes poids et mesures. L'art. 424, prévoyant une infraction que les lois antérieures n'avaient pas encore prévue, a voulu que le vendeur et l'acheteur qui se serviraient, dans leurs marchés, d'autres poids ou d'autres mesures que ceux établis par les lois de l'Etat, encourussent l'un et l'autre une peine de police : le § 6 de l'art. 479 n'a eu d'autre but que de formuler cette peine. Ainsi ces deux paragraphes s'appliquent, comme les art. 423 et 424, le premier aux poids et mesures faux, l'autre aux poids et mesures différents de ceux qui sont établis par les lois. L'art. 3 de la loi du 27 mars 1851 ne s'applique, comme l'art. 423, qu'à la possession des poids et mesures faux, auxquels il a ajouté les autres appareils inexacts servant au pesage et au mesurage ; mais il a ajouté, en reproduisant le n° 5 de l'art. 479, « dans les magasins, boutiques, ateliers ou maisons de commerce, ou dans les halles, foires ou marchés. »

De là il suit que les éléments de ces deux infractions sont distincts comme les faits qui les constituent. La première exige deux conditions ; 1° que de faux poids ou de fausses mesures aient été trouvés dans la possession du contrevenant ; 2° que ces poids et mesures aient été trouvés dans des magasins, boutiques, ateliers ou maisons de commerce, ou dans des halles, foires ou marchés. De graves difficultés se sont élevées sur ces deux points.

2440. La loi n'a point défini ce qu'il faut entendre par faux

[1] Cass., 13 nov. 1841, Bull. n. 325.

poids et fausses mesures. Nous avons pensé que ces mêmes termes dans l'art. 423 devaient s'appliquer aux poids et mesures qui n'ont pas la pesanteur ou les dimensions légales, soit qu'ils aient été ou non revêtus de la marque des poinçons de vérification. Si les peines de cet article s'étendent ensuite à l'usage frauduleux des poids et mesures qui, sans être faux, diffèrent seulement de ceux établis par la loi, c'est en vertu de la disposition formelle de l'art. 424, et non point par une interprétation que le texte de l'art. 423 eût repoussée. Or, cette distinction entre les poids et mesures faux et les poids et mesures différents de ceux qui sont établis par la loi, reproduite dans les §§ 5 et 6 de l'art. 479, doit-elle y prendre un sens divers? Faut-il entendre, dans le § 5, par poids et mesures faux, non-seulement ceux qui sont inexacts, mais encore ceux qui, justes dans leur pesanteur ou dans leurs dimensions, ne sont pas toutefois revêtus des formalités prescrites par les lois et les règlements?

Cette question était très-grave avant la loi du 4 juillet 1837. La Cour de cassation avait jugé, par de nombreux arrêts, que tous les poids et mesures, soit anciens, soit dépourvus seulement du poinçon de l'Etat ou du poinçon de vérification annuelle, devaient être réputés faux poids et fausses mesures, lorsqu'ils se trouvaient dans les boutiques ou autres lieux de commerce [1]. Cette jurisprudence s'appuyait sur les arrêtés des 27 pluviôse an VI, 19 germinal et 11 thermidor an VII, portant : « Les anciennes mesures seront réputées fausses et illégales, quand même elles auraient été vérifiées et poinçonnées précédemment. Sont également déclarées fausses et illégales, les mesures nouvelles ou présentées comme telles qui n'auraient pas été poinçonnées. Les marchands qui en conserveraient dans leurs boutiques et magasins seront poursuivis comme contrevenants aux lois sur les poids et mesures. » La Cour de cassation déclarait que ces dispositions n'étaient pas abrogées; que le § 5 de l'art. 479 s'y référait, et que les mots *faux poids*

[1] Cass., 21 mai 1824, Bull. n. 71 ; 23 juill. 1824, Bull. n. 98 ; 19 fév., 26 mars et 20 mai 1825, Bull. n. 31, 35 et 98; 15 mars et 12 juin 1828, Bull. n. 78 et 169. — Devill. et Car., 7.468 et 503 ; 8.99, 94 et 127.

et fausses mesures désignaient tous les poids et mesures illégaux et prohibés quelconques ; que cette manière d'entendre le § 5 n'était point contredite par le § 6, lequel punissait un fait différent, l'emploi de poids et mesures illégaux dans d'autres lieux que les boutiques, magasins et ateliers, et lors même que l'emploi en était fait de gré à gré entre l'acheteur et le vendeur.

Cette interprétation était toutefois combattue par le texte même de la loi. Comment considérer comme fausse une mesure qui, sans présenter dans sa forme extérieure les signes d'une mesure légale, a cependant la contenance indiquée par sa dénomination ? Cette mesure est irrégulière, elle n'est pas fausse. La prétendue identité entre les mesures illégales et les mesures fausses repose-t-elle sur une fiction de la loi ? Cette fiction n'est assurément pas écrite dans l'art. 479, puisque les paragraphes 5 et 6 de cet article mettent en opposition les faux poids et les fausses mesures avec les poids et mesures qui ne sont pas établis par la loi ; elle n'est pas écrite davantage dans les art. 423 et 424, puisque ces deux articles établissent la même opposition, et ne prononcent les mêmes peines pour l'usage des poids et mesures, soit faux, soit illégaux, qu'au seul cas de fraude. L'argument tiré des arrêtés des 27 pluviôse an VI, 19 germinal et 11 thermidor an VIII, n'était d'ailleurs nullement décisif ; car la loi du 1er vendémiaire an IV, pour l'exécution de laquelle ces arrêtés avaient été faits, n'assimilait point les poids et mesures illégaux aux poids et mesures faux ; et le directoire exécutif, qui n'était autorisé par l'art. 144 de la constitution du 5 fructidor an III à faire des arrêtés que pour assurer l'exécution des lois, empiétait sur les attributions du pouvoir législatif et excédait ses pouvoirs quand il ajoutait aux dispositions ; ses prescriptions n'étaient donc pas obligatoires pour les tribunaux. Cette opinion, soutenue par Merlin, a été consacrée par plusieurs arrêts antérieurs à l'arrêt du 21 mai 1824 [1].

Mais la question a été résolue par la loi : l'assimilation des poids et mesures faux et illégaux, prononcée par la Cour de

[1] Merlin, Quest., v° Poids et Mesures, § 3 ; Cass., 10 sept. 1819, Bull. n. 101 ; Devill. et Car., 6.124 ; 13 sept. 1822, Devill. et Car., 7.137.

cassation, a été formellement établie par l'art. 4 de la loi du 4 juillet 1837, ainsi conçu : « Ceux qui auront des poids et mesures autres que les poids et mesures ci-dessus reconnus, dans leurs magasins, boutiques, ateliers ou maisons de commerce, ou dans les halles, foires ou marchés, seront punis comme ceux qui les emploieront, conformément à l'art. 479 du Code pénal. » Ainsi la simple possession de poids et mesures irréguliers est punie comme leur emploi même, lorsqu'elle est constatée dans les boutiques, magasins, ateliers ou maisons de commerce ; en d'autres termes, les poids et mesures irréguliers sont assimilés aux poids et mesures faux, relativement aux marchands et commerçants qui les possèdent dans le lieu de leur commerce : la doctrine de la Cour de cassation a été admise dans la loi, mais la loi seule pouvait l'admettre [1].

2441. Cependant la distinction que cette loi avait effacée a repris toute sa force dans l'art. 3 de la loi du 27 mars 1851, qui élève la possession des poids et mesures faux au rang d'un délit : il ne s'agit ici que des poids et mesures inexacts, et non des poids et mesures simplement irréguliers. Ce point a été reconnu par plusieurs arrêts qui déclarent : « que l'art. 3 de la loi du 27 mars 1851, en rangeant dans la classe des délits passibles de peines correctionnelles la simple détention dans les boutiques ou marchés de mesures ou poids faux, n'a point attaché à cette dernière expression le sens que lui donnaient les arrêtés des 27 pluviôse an VI, 19 germinal et 11 thermidor an VII, aux termes desquels les mesures non décimales ou même les mesures décimales non poinçonnées étaient réputées fausses, et, par suite, leur possession dans les magasins atteinte des peines du n° 5 de l'art. 479 ; que l'objet de la nouvelle loi, destinée, non à faire observer le système métrique et à régulariser l'usage des poids et mesures, mais à réprimer les fraudes dans la vente des marchandises, la sévérité même de la peine qu'elle prononce et les termes *faux et inexacts* dont elle se sert, ne permettent pas de douter que les mesures et poids faux dont elle entend élever la possession dans les magasins aux

[1] Conf. Cass., 8 juill. 1842, Bull. n. 175 ; 3 sept. 1842, Bull. n. 233 ; 8 sept. 1842, Bull. n. 237.

proportions d'un délit, ne soient ceux qui n'ont point la contenance ou la pesanteur prescrites, et dont l'usage aurait pour effet de tromper les acheteurs, et non ceux qui, comme les mesures non décimales ou les mesures décimales non poinçonnées, sont simplement illégaux ou irréguliers ; que la détention de ces dernières dans les boutiques, assimilée à leur emploi par l'art. 4 de la loi du 4 juillet 1837, rentre désormais dans l'application du n° 6 de l'art. 479, lequel n'est point compris dans l'abrogation prononcée par l'art. 9 de la loi du 27 mars 1851 ; qu'il résulte en effet de la combinaison des art. 3 et 4 de la loi de 1837 que le renvoi au n° 6 de l'art. 479, implicitement prononcé par eux, s'applique à la détention de tous les poids autres que ceux qu'autorise la loi du 18 germinal an III, et qu'en se reportant aux art. 16 et 17 de cette dernière loi, on voit qu'ils ne permettent l'usage des mesures même décimales qu'autant qu'elles sont revêtues du poinçon de vérification ; d'où il suit que les mesures décimales dépourvues de ce poinçon ne sont point autorisées par eux [1]. »

2442. Mais il importe peu que la tromperie ait été commise au moyen de poids et mesures faux, ou de poids et mesures simplement irréguliers : c'est l'inexactitude des poids et mesures, accompagnée de fraude, qui fait le délit ; ils deviennent faux par cela seul qu'ils sont inexacts et qu'ils sont employés à tromper. Il a été jugé « qu'aucune disposition de la loi du 27 mars 1851 n'a établi de distinction entre la tromperie par usage de mesures anciennes et la tromperie par usage de mesures appartenant au système métrique décimal ; que toute tromperie par emploi de faux poids et de fausses mesures est punie ; qu'il n'est pas admissible que le fait d'avoir trompé les vendeurs ou les acheteurs par emploi d'une mesure ancienne, fausse et inexacte, reste impuni ou ne constitue qu'une contravention de police comme la simple détention d'une mesure ancienne et prohibée [2]. »

3443. Une autre difficulté s'est présentée dans cette matière.

[1] Cass., 23 janv. 1852, Bull. n. 32 ; et conf. 11 déc. 1851, Bull. n. 518 ; 29 mai 1852, Bull. n. 175.

[2] Cass., 7 fév. 1856, Bull. n. 49.

La loi n'a prévu que deux sortes de contraventions : la détention par les marchands des poids ou mesures faux ou illégaux, et l'emploi des poids et mesures illégaux par toutes personnes. Quant aux autres dispositions que cette matière pourrait nécessiter, elle a délégué à l'autorité locale le pouvoir de les formuler par des arrêtés. Deux autorités distinctes peuvent prendre des arrêtés en matière de poids et mesures, l'autorité municipale et l'autorité administrative, les maires et les préfets.

Les maires puisent cette attribution dans l'art. 3 du titre 11 de la loi du 16-24 août 1790, qui confie à la vigilance et à l'autorité des corps municipaux l'inspection sur la fidélité des denrées qui se vendent au poids, à l'aune ou à la mesure ; et dans l'art. 46 du titre 1er de la loi du 19-22 juillet 1791, qui autorise les corps municipaux à faire sur ces objets des arrêtés, sauf réformation par l'autorité supérieure ; et enfin dans l'art. 11 de la loi du 18 juillet 1837.

Les préfets puisent un droit, non point identique, mais de même nature, dans l'art. 8 de la loi du 4 juillet 1837, qui dispose qu'une ordonnance royale réglera la manière dont s'effectuera la vérification des poids et mesures. Or les art. 27 et 33 de l'ordonnance du 17 avril 1839 accordent positivement aux préfets le droit de prendre des arrêtés en matière de poids et mesures. Toutefois ces arrêtés, à la différence de ceux qui peuvent être pris par les maires, ne peuvent concerner que la seule vérification des poids et mesures ; car la désignation de la loi n'accorde que ce seul objet au domaine de l'ordonnance, et c'est dans l'ordonnance seulement que le préfet trouve cette autorisation ; enfin il est essentiel de remarquer que ces arrêtés des préfets ne peuvent être exécutés qu'après avoir reçu l'approbation du ministre du commerce [1].

Il suit de là que les mesures ordonnées par les maires pour assurer le débit des denrées, et par les préfets pour assurer la vérification des poids et mesures, sont obligatoires, pour les tribunaux. Ainsi les arrêtés qui prescrivent qu'outre la marque du poinçon de l'État, les poids et mesures doivent porter en-

[1] Cass., 15 oct. 1840, Bull. n. 306 ; Journ. du dr. crim., 1841, p. 202 ; 23 mars 1849, Bull. n. 64.

core la marque annuelle d'un poinçon local, sont pris dans les limites des attributions soit des maires, soit des préfets ; car cette disposition a le double but d'assurer la vérification des poids et des mesures, et la fidélité du débit des denrées.

2444. Mais ici se présentent deux questions. Les poids et mesures non revêtus du poinçon de vérification annuelle doivent-ils être assimilés aux poids et mesures non revêtus du poinçon de l'État ? Et de quelles peines sont passibles les infractions aux dispositions prescrites par les arrêtés des préfets et des maires en cette matière ?

Avant la loi du 4 juillet 1837, la jurisprudence de la Cour de cassation était fixée sur ces deux points ; mais ses nombreux arrêts ne faisaient qu'attester l'obscurité de la législation et les incertitudes des tribunaux. D'après cette jurisprudence, les poids et mesures qui n'étaient pas revêtus non-seulement du poinçon général de l'État, mais aussi du poinçon spécial servant à la vérification locale, étaient réputés faux poids et fausses mesures[1] ; et quant à la répression des infractions aux arrêtés des maires et des préfets sur cette matière, il fallait distinguer : si l'arrêté prescrivait l'apposition de ce poinçon local et périodique, comme les poids non revêtus de ce poinçon étaient réputés faux poids, l'infraction à l'arrêté se confondait avec l'infraction à l'art. 479, n° 5, et cette disposition était seule applicable[2] ; si, au contraire, l'arrêté prescrivait des mesures étrangères aux §§ 5 et 6 de l'art. 479, l'infraction n'était plus passible que des peines applicables aux contraventions aux règlements de police en général, c'est-à-dire des peines portées par l'art. 606 du Code du 3 brumaire an IV, et, depuis la loi du 28 avril 1832, par l'art. 471, n° 15, du Code pénal[3].

Nous croyons que cette distinction ne doit plus être faite. L'art. 55 de l'ordonnance du 17 avril 1839 veut que « les contraventions aux arrêtés des préfets, à ceux des maires, soient

[1] Cass., 1er août 1828, Bull. n. 22.

[2] Cass., 24 déc. 1825, Bull. n. 240 ; Devill. et Car., 8.247; 13 nov. 1828, Bull. n. 303 ; 22 fév. 1840; Bull. n. 67.

[3] Cass., 22 déc. 1820, Bull. n. 158; 11 juill. 1822, Bull. n. 97; 13 sept. 1822, Bull. n. 126 ; 6 août 1825, Bull. n. 152 ; 17 oct. 1832, Bull. n. 418 ; 7 nov. 1833, Bull. n. 448, etc. — Devill. et Car., 7.100 et 137 ; 1834.1.136.

poursuivies conformément aux lois. » Cette disposition se réfère évidemment au § 15 de l'art. 471 du Code pénal, qui punit « ceux qui auront contrevenu aux règlements légalement faits par l'autorité administrative, et ceux qui ne se seront pas conformés aux règlements ou arrêtés publiés par l'autorité municipale, en vertu des art. 3 et 4, titre 11, de la loi du 16-24 août 1790, et de l'art. 46, titre 1er, de la loi du 19-22 juillet 1791. » Dans cette disposition se trouve donc la sanction pénale de toutes les infractions aux arrêtés des préfets et des maires sur les poids et mesures[1].

2445. Faut-il faire une exception, néanmoins, comme l'avait faite la Cour de cassation dans sa jurisprudence antérieure à la loi nouvelle, à l'égard des arrêtés administratifs et municipaux qui prescrivaient une marque de vérification locale? Nous ne le pensons pas. Le législateur a cru avoir besoin d'une disposition nouvelle pour punir la simple détention des poids et mesures illégaux ; cette détention n'était donc pas légalement punissable avant la loi du 4 juillet 1837; le texte de l'art. 479 est d'ailleurs parfaitement conforme à cette interprétation. Or, quels sont, suivant les termes de la loi du 4 juillet 1837, les poids et mesures illégaux ? Ce sont, d'après l'art. 4 de cette loi, les poids et mesures *autres que les poids et mesures ci-dessus reconnus*, c'est-à-dire, suivant l'art. 3, *les poids et mesures établis par les lois des* 18 *germinal an* III *et* 19 *frimaire an* VIII, *constitutives du système métrique décimal.* C'est donc seulement aux poids et mesures anciens et établis d'après un autre système que le système métrique, que s'applique l'art. 4 de cette loi. Nous admettons qu'elle s'étend encore aux poids et mesures même établis d'après le système métrique, mais qui ne sont pas revêtus du poinçon général de l'État, car la marque de ce poinçon est la preuve authentique du caractère légal des poids et des mesures ; elle peut seule le constater; et, la loi n'admettant pas d'autres preuves, son absence fait supposer l'illégalité. Mais comment les poids et mesures seraient-ils réputés illégaux par cela seul qu'ils ne seraient pas revêtus de la marque d'un poinçon prescrit par un préfet ou par un maire?

[1] Cass., 17 juill. 1858, Bull. n. 204.

Ni la loi du 4 juillet 1837, ni les lois antérieures sur les poids et mesures, n'ont fait de cette marque une condition de l'authenticité des poids et des mesures; elle n'est point une formalité constitutive de ces instruments, elle ne constitue qu'un moyen de vérification; elle ne prend point sa source dans les lois spéciales qui régissent cette matière, mais dans les lois attributives des pouvoirs administratifs. Les poids et mesures illégaux, dans le texte de la loi du 4 juillet 1837, sont ceux qui ne sont pas revêtus des formes nécessaires pour leur existence légale. Or les poids et mesures existent et sont légalement applicables indépendamment de l'apposition de la marque locale; cette loi n'a donc pas prévu et n'a pas dû prévoir le défaut de cette marque. Il suit de là que, d'une part, l'art. 4 de la loi du 4 juillet 1837 n'est pas applicable à la détention des poids et mesures légaux non revêtus du poinçon prescrit par une autorité locale; que, d'une autre part, l'art. 479, § 5, du Code pénal, ne s'étendait qu'à la détention des poids et mesures faux; que, par conséquent, l'omission des formalités prescrites par des arrêtés et règlements de police ne peut donner lieu qu'à l'application des peines portées par l'art. 471, n° 15, du Code pénal, qui punit en général les contraventions aux règlements de l'autorité administrative et municipale. Cette interprétation n'a point été adoptée par la jurisprudence. On a inféré de l'article 4 de la loi du 4 juillet 1837, qui punit les détenteurs des poids et mesures autres que les poids et mesures légaux comme ceux qui les emploieront, et de l'art. 479, n° 6, qui punit « ceux qui emploieront des poids et mesures différents de ceux qui sont établis par les lois, » que cette dernière disposition doit s'appliquer non-seulement à ceux qui font usage, mais encore aux simples détenteurs des poids et mesures non revêtus du poinçon de vérification annuelle. Un arrêt déclare explicitement « qu'il en résulte que la simple détention de mesures non poinçonnées par l'administration, assimilée à leur emploi, quant à la pénalité, par l'art. 4 de la loi du 4 juillet 1837, rentre dans l'application du n° 6 de l'art. 479[1].

[1] Cass., 12 mai 1854, Bull. n. 151; 3 août 1854, Bull. n. 249; 27 déc. 1839, Bull. n. 291; 3 août 1849, Bull. n. 189.

2446. Le deuxième élément de la contravention prévue soit par le n° 5 de l'art. 479 du Code pénal, soit par l'art. 4 de la loi du 4 juillet 1837, est que les poids et mesures soit faux, soit illégaux, aient été trouvés *dans les magasins*, *boutiques*, *ateliers ou maisons de commerce*, *ou dans les halles*, *foires et marchés*. Ces termes sont généraux et absolus ; ils comprennent tous les magasins, boutiques et ateliers quelconques, dans lesquels il y aurait de faux poids ou de fausses mesures, tous les lieux publics où se font des ventes et des marchés; ainsi la Cour de cassation a pu comprendre dans ces termes les débitants de vins [1], les marchands colporteurs même [2]. Le marchand colporteur vend non-seulement dans les halles, foires et marchés, mais plus souvent encore dans les rues et dans les maisons particulières; sa boutique est partout : porteur de faux poids ou de fausses mesures, il est aussi coupable que le marchand stationnaire ; il doit encourir la même responsabilité.

Mais, en dehors des boutiques, magasins, ateliers, la simple détention de poids et mesures illégaux ou faux n'est plus une infraction punissable. Ainsi, les citoyens même commerçants qui seraient munis de ces poids et mesures dans leurs appartements particuliers, et non dans les lieux de leur vente, ne seraient passibles d'aucune peine à raison de cette seule détention. Il en serait de même dans le cas où ils seraient trouvés dans la rue ou sur les places publiques avec de tels instruments. La loi punit en effet, même dans la seule possession, la présomption de l'usage, et cette présomption ne peut exister que lorsque les poids et mesures prohibés se trouvent dans le lieu où se font les ventes et les livraisons des marchandises [3].

C'était une question grave, avant la loi du 4 juillet 1837, que de savoir si l'autorité administrative, préfectorale ou municipale, pouvait déterminer les classes d'individus qui, par leur profession, leur industrie ou leur commerce, doivent être pourvus de poids et de mesures. La Cour de cassation avait

[1] Cass., 22 août 1822, Bull. n. 115 ; Devill. et Car., 7.131 ; 10 sept. 1831, Bull. n 217.

[2] Cass., 12 juill. 1822, Devill. et Car., 7.109, Bull. n. 99.

[3] Cass., 2 juin 1854, Bull. n. 204 ; 3 août 1854, Bull. n. 249 ; 24 mai 1855, Bull. n. 173.

rendu sur ce point des arrêts contraires [1]. Aujourd'hui la question paraît décidée, quant aux préfets, par les art. 15, 16 et 17 de l'ordonnance du 17 avril 1839, qui prescrivent à ces fonctionnaires de dresser pour chaque département le tableau des professions qui doivent être assujetties à la vérification, en désignant l'assortiment des poids et mesures dont chaque profession est tenue de se pourvoir; mais elle est indécise à l'égard des maires, qui n'ont d'autre attribution légale que celle d'inspecter la *fidélité du débit des denrées*, et qui, dès lors, ne peuvent obliger un commerçant à se munir de poids ou de mesures, lorsqu'il ne débite et ne détaille aucune marchandise, ou lorsque ces poids ou ces mesures sont inutiles à la nature de ce débit [2].

2447. La contravention prévue par le § 6 de l'art. 479 a, on l'a déjà vu, des caractères différents : ce n'est pas la simple détention qu'il punit, mais seulement l'emploi des poids et mesures. Il ne s'agit plus ici de poids et mesures faux, mais d'instruments de pesage et de mesurage autres que ceux qui sont établis par les lois. Ainsi, d'une part, il faut que l'usage des poids et mesures prohibés soit prouvé : c'est dans ce fait que réside la contravention. D'une autre part, il suffit que ces poids et mesures soient autres que ceux établis par les lois. Ces termes comprennent les poids et mesures anciens et ceux qui ne sont pas revêtus, quoique justes et métriques, du poinçon général de l'Etat. La loi suppose, d'ailleurs, que l'emploi n'a été accompagné d'aucune fraude; aux termes de l'art. 424, la fraude ferait rentrer l'infraction dans les termes de l'art. 423 [3]. Il a été décidé, d'une part, que, depuis les lois des 4 juillet 1837 et 27 mars 1851, il y a lieu d'étendre le n° 6 de l'art. 479 à ceux qui détiennent, même sans en faire usage, des poids et mesures autres que les poids et mesures légaux, et, d'une autre part, qu'il y

[1] Cass., 24 sept. 1829, Journ. du dr. crim., t. 6, p. 108; et dans un sens contr., Cass., 13 nov. 1828, *ibid.*, t. 1er, p. 102; 21 déc. 1832, *ibid.*, t. 5, p. 11; 7 nov. 1833, *ibid.*, t. 6, p. 107; 18 janv. et 9 mai 1834, *ibid.*, t. 6, p. 148 et 297.

[2] Cass., 28 juin 1853, Bull. n. 234; 14 avril 1855, Bull. n. 129; 17 mars 1855, Bull. n. 100.

[3] Cass., 28 déc. 1849, Bull. n. 359; Dall.51.5.396.

a lieu d'assimiler aux poids et mesures différents de ceux qui sont établis par la loi, ceux qui ne sont pas revêtus du poinçon de la vérification annuelle[1].

Toutefois il importe de remarquer que la détention simultanée de plusieurs poids faux ou irréguliers ne constitue pas autant de contraventions qu'il y a d'instruments inexacts ou illégaux, mais ne forme qu'un seul délit ou qu'une seule contravention, lorsque la saisie en est faite au même lieu et chez le même commerçant[2].

2448. Nous venons d'examiner le cas où la tromperie sur la quantité des choses vendues se commet par l'usage de faux poids ou de fausses mesures, ou d'instruments inexacts servant au pesage ou mesurage; il nous reste à apprécier les cas où elle se commet soit par des manœuvres ou procédés tendant à fausser l'opération du pesage ou mesurage, ou à augmenter frauduleusement le poids ou le volume de la marchandise, même avant cette opération, soit enfin par des indications frauduleuses tendant à faire croire à un pesage ou mesurage antérieur et exact.

En ce qui touche d'abord les manœuvres et procédés tendant à fausser l'opération ou à augmenter le poids ou le volume de la marchandise, il serait difficile de les définir avec précision; le délit se compose de trois éléments : les manœuvres ou procédés frauduleux mis en œuvre, l'objet de la fraude qui est de fausser le pesage ou d'exagérer le poids, et enfin le résultat, c'est-à-dire la tromperie sur la quantité de la chose vendue. On trouve dans la jurisprudence quelques exemples de l'application de ces dispositions. Un individu ayant constaté que l'engrais par lui acheté marquait un nombre de degrés inférieur du tiers à celui que le vendeur avait annoncé au public, porta plainte, et la juridiction correctionnelle avait vu dans ce fait une tromperie sur la nature de la chose vendue; ce qui était une erreur, puisque, si l'engrais, par un mélange d'eau frauduleux, avait perdu une partie de sa vertu fertilisante, il

[1] Cass., 22 mars 1839, Bull. n. 97; 3 août. 1849, Bull. n. 189; et les arrêts cités *suprà*.

[2] Cass., 1er mars 1855, Bull. n. 74; 1er juill. 1858, Bull. n. 188.

n'avait pas perdu sa nature d'engrais. Mais, sur le pourvoi, il a été jugé « que les faits retenus par l'arrêt attaqué constituaient le délit prévu par l'art. 1er, n° 3, de la loi du 27 mars 1851, relatif aux manœuvres et procédés tendant à augmenter frauduleusement le poids ou le volume de la marchandise; qu'en effet, en ajoutant un tiers d'eau à la vidange, le vendeur n'avait pas d'autre intention que d'en augmenter le volume et de se donner le moyen de livrer à ses acheteurs les deux tiers seulement de la marchandise par eux achetée, tout en paraissant leur en fournir la totalité[1]. » Dans une autre espèce où le vendeur vendait les engrais par sacs de 100 kilogrammes chacun, il avait été reconnu que chaque sac livré renfermait une certaine quantité de matières inertes. Il a été jugé que cette mixtion frauduleuse constituait le délit : « attendu que le vendeur peut tromper l'acheteur sur la quantité de la marchandise, sans agir sur l'instrument de pesage ou de mesurage, puisqu'il atteint frauduleusement le même but, soit en donnant à la marchandise un volume qu'elle n'a pas naturellement, soit en y introduisant des substances inertes et sans valeur[2]. » Il faut toutefois examiner avec soin, dans les matières surtout qui sont le résultat d'un mélange ou d'une opération chimique, « s'il y a fraude dans le déficit, ou si ce déficit ne doit être attribué qu'à une erreur matérielle ou à des circonstances auxquelles toute intention de délit est restée étrangère[3]. »

2449. En ce qui touche les indications frauduleuses tendant à faire croire à un pesage antérieur et exact, l'appréciation est souvent plus délicate encore. Notons d'abord que les expressions *indications frauduleuses* ne peuvent être considérées comme sacramentelles et peuvent être remplacées dans les jugements et arrêts par des termes équivalents; mais, ces termes doivent indiquer le moyen matériel employé et son caractère frauduleux[4]. Il n'y a, à la vérité, aucune difficulté à

[1] Cass., 6 août 1857, Bull. n. 295.
[2] Cass., 23 août 1861, Bull. n. 195.
[3] Cass., 29 mai 1852, Bull. n. 179; 4 avril 1857, Bull. n. 142.
[4] Cass., 31 juill. 1862, Bull. n. 187.

reconnaître que l'épicier qui vend, comme pesant 500 grammes, un paquet de bougies qui ne pèse que 422 grammes [1]; que le boulanger qui vend des pains qui n'ont pas le poids indiqué par leur forme [2]; que le laitier qui ne remplit pas de la quantité annoncée des boîtes devant contenir un litre de lait [3], trompent sur la quantité par les indications frauduleuses dont ils se servent. Mais en est-il ainsi lorsque l'indication est verbale, par exemple lorsque le marchand n'a remis que quatre doubles décalitres d'avoine, au lieu de cinq, en annonçant que cette quantité formait l'hectolitre qui lui était demandé? Oui, parce que c'était là une indication frauduleuse qui tendait à faire croire à un mesurage antérieur [4]. Cependant l'indication frauduleuse faite verbalement n'est qu'un mensonge qui ne suffit pas pour caractériser le délit; ainsi, le boulanger qui déclare faussement qu'un pain pèse tel poids ne commet que la contravention prévue par l'art. 479, n° 6, et non le délit prévu par le n° 3 de l'art. 1er de la loi de 1851, « attendu que ce mensonge, quelque répréhensible qu'il soit, n'est point accompagné d'indications frauduleuses tendant à faire croire à un pesage antérieur et exact [5]. » Et, dans une autre espèce, il a été jugé : « que s'il résulte de l'arrêt attaqué que la femme Fouger, après avoir traité avec une compagnie de chasseurs à pied pour fournir à ces militaires une quantité de neuf kilogrammes de riz par jour, ne leur envoyait qu'un sac renfermant une moins grande quantité, que ceux-ci acceptaient de confiance, sur l'affirmation que leur faisait la venderesse que, par suite d'un pesage antérieur, le sac renfermait réellement les neuf kilogrammes qu'elle aurait dû livrer, il ne résulte pas formellement des constatations de cet arrêt que ces mensonges fussent accompagnés de l'emploi d'indications frauduleuses, telles que celles qui ressortiraient de la forme, de la contenance habituelle du sac employé pour contenir le riz livré, ou d'autres circonstances spéciales faisant supposer un

[1] Cass., 4 avril 1855, Bull. n. 127.
[2] Cass., 4 fév. 1854, Bull. n. 29.
[3] Cass., 28 fév. 1857, Bull. n. 90; 21 juill. 1856, Bull. n. 261.
[4] Cass., 14 oct. 1853, Bull. n. 512.
[5] Cass., 27 avril 1855, Bull. n. 144.

pasage antérieur et exact [1]. » Mais l'indication faite par un boucher sur le carnet d'une domestique du poids inexact de la viande livrée rentre dans les termes de la loi : « attendu que, pour constituer le délit, trois conditions sont nécessaires l'intention frauduleuse du prévenu, la tromperie sur la quantité de la marchandise livrée, l'indication frauduleuse tendant à faire croire à un pesage antérieur et exact ; qu'il est constaté que la fille Colomp, cuisinière, a acheté pour le compte de son maître une certaine quantité de viande chez le prévenu ; que celui-ci, après le pesage, a porté sur le carnet de la cuisinière la quantité de 3 kilogrammes 500 grammes de viande ; qu'aussitôt après, des agents de police ont pesé cette viande et reconnu un déficit d'environ 400 grammes sur le poids annoncé ; que dans ces circonstances la mention inscrite ne peut être considérée que comme une indication frauduleuse [2]. » La même solution s'appliquerait à un état de fournitures contenant des indications frauduleuses quant au nombre et au résultat des pesées ou de la mesure des marchandises fournies [3] ; — à l'indication résultant de la forme des pains, si cette forme trompe l'acheteur sur le poids [4].

3450. L'art. 423 n'a prévu qu'une vente accomplie ; il ne punit pas la simple tentative [5]. La loi du 27 mars 1851 punit, au contraire, la tentative du délit de tromperie qu'elle a prévu ; en effet, l'art. 1er incrimine, dans son n° 1, la falsification des substances *destinées à être vendues ;* dans son n° 2, la simple *mise en vente* des substances falsifiées ou corrompues ; dans son n° 3, ceux qui auront *tenté* de tromper sur la quantité des choses livrées. De là il suit que, tandis que la tromperie sur la nature des marchandises, prévue par l'art. 423, n'est punissable qu'autant qu'elle est consommée, la tromperie sur la qualité des substances médicamenteuses ou alimentaires et sur la quantité des choses livrées, est punissable lors même que le délit n'a été que tenté. Ce premier point a été reconnu par un

1 Cass., 28 avril 1855, Bull. n. 147.
2 Cass., 19 nov. 1858, Bull. n. 276.
3 Cass., 17 nov. 1860, Bull. n. 240.
4 Cass., 19 fév. 1863, Bull. n. 58 ; 25 avril 1867, n. 99.
5 Cass., 2 janv. 1863, Bull. n. 1.

arrêt qui porte : « qu'aux termes de l'art. 3 du Code pénal, les tentatives de délit ne sont considérées comme délits que dans les cas déterminés par une disposition spéciale de la loi; que l'art. 423 punit la tromperie, et non la simple tentative de tromperie sur la nature de la marchandise; que la loi du 27 mars 1851 ne prononce de peines, en matière de tromperie ou de tentative de tromperie, que lorsqu'il s'agit de la qualité des choses livrées ou de leur quantité et à l'aide des moyens qu'elle précise [1]. »

2451. La simple exposition en vente constitue-t-elle une tentative punissable, dans le cas prévu par le n° 3 de l'art. 1er de la loi du 27 mars 1851 ? L'affirmative a été consacrée : « attendu que les dispositions de l'art. 2 du Code pénal ne sont relatives qu'aux tentatives de crime; que les tentatives de délit sont régies par des dispositions spéciales, ainsi que le porte l'art. 3; que le n° 3 de l'art. 1er de la loi de 1851 n'exige pas que les tribunaux correctionnels reconnaissent et mentionnent dans leurs jugements que la tentative du délit de tromperie soit caractérisée conformément à l'art. 2 du Code pénal; que si le n° 2 de l'art. 1er n'est pas conçu dans les mêmes termes que le n° 3, cette différence provient uniquement de ce que chacun de ces paragraphes a été destiné à développer des dispositions déjà existantes et distinctes entre elles; qu'en effet le n° 2 complète les art. 318 et 475, n° 14, du Code pénal, tandis que le n° 3 complète l'art. 423; mais qu'on ne peut induire du rapprochement et de la comparaison des textes aucune dérogation aux règles applicables à la tentative en matière de délit [2].

Toutefois, si l'art. 2 du Code pénal n'est pas applicable à la tentative du délit de tromperie, il faut du moins que cette tentative soit réalisée par des actes matériels de mise en vente ou de mesurage : une simple annonce, une simple déclaration ne suffirait pas. Il a été jugé « que de l'ensemble des constatations de l'arrêt attaqué il résulte que le prévenu a fait insérer dans

[1] Cass., 1er juill. 1859, Bull. n. 160.

[2] Cass., 6 oct. 1854, Bull. n. 296; et conf. Cass., 10 fév. et 30 juin 1854, Bull. n. 34 et 211; 14 juill. 1860, Bull. n. 163.

un journal une annonce portant que cent barils de farine américaine seraient vendus à l'entrepôt par le ministère d'un commissaire-priseur; qu'il est reconnu que la vente n'a pas eu lieu, et qu'il n'est aucunement constaté que les farines entreposées aient été réellement soumises au public en vue de la vente annoncée, ou que le vendeur ou son mandataire se soit mis en rapport avec des acheteurs; qu'en cet état, il n'est pas suffisamment constaté que l'intention de mettre en vente lesdites farines, que le prévenu savait être corrompues, se soit réalisée par des actes dans lesquels le délit de mise en vente manque d'un de ses éléments; d'où il suit que la condamnation prononcée contre le prévenu manque de base légale [1]. »

2452. L'art. 423 prononce les peines d'un emprisonnement pendant trois mois au moins et un an au plus, et d'une amende qui ne peut excéder le quart des restitutions et dommages-intérêts ni être au-dessous de 50 fr. La loi du 27 mars 1851 ne fait qu'appliquer ces peines aux nouveaux cas qu'elle prévoit. Mais l'art. 2 ajoute : « Si, dans les cas prévus par l'art. 423 du Code pénal ou par l'art. 1er de la présente loi, il s'agit d'une marchandise contenant des mixtions nuisibles à la santé, l'amende sera de 50 à 500 fr., à moins que le quart des restitutions et dommages-intérêts n'excède cette dernière somme; l'emprisonnement sera de trois mois à deux ans. Le présent article sera applicable même au cas où la falsification nuisible serait connue de l'acheteur ou consommateur. » Et l'art. 3, qui punit la simple possession des substances alimentaires et médicamenteuses que les possesseurs savent être falsifiées ou corrompues, ajoute également : « Si la substance falsifiée est nuisible à la santé, l'amende pourra être portée à 50 fr. et l'emprisonnement à quinze jours. » Ainsi, la nocuité de la substance alimentaire ou médicamenteuse falsifiée ou corrompue forme, quand cette substance est mise en vente ou vendue, un élément d'aggravation de la peine, lors même que l'acheteur aurait connu cette circonstance, car la loi a voulu protéger les tiers et les acheteurs eux-mêmes contre un usage nuisible [2].

[1] Cass., 31 déc. 1858, Bull. n. 329.

[2] Cass., 29 août 1857, Dall.57.1.408.

2453. L'amende, quand elle excède 50 fr., étant, aux termes de l'art. 423, proportionnelle aux restitutions et dommages-intérêts, il s'ensuit que cette amende n'a de base légale que lorsque le chiffre de ces restitutions et dommages est fixé. De là la conséquence que la loi n'autorise à porter le chiffre de l'amende à un taux supérieur à 50 fr. qu'autant que cette fixation a pour base l'existence d'un préjudice s'élevant au moins au quadruple de l'amende appliquée[1]. A défaut de base pour établir l'amende proportionnelle, l'amende fixe de 50 fr. peut seule être appliquée[2].

2454. Ces peines peuvent être modifiées par la récidive et par les circonstances atténuantes. L'art. 4 de la loi du 27 mars 1851 porte : « Lorsque le prévenu, convaincu de contravention à la présente loi ou à l'art. 423 du Code pénal, aura, dans les cinq années qui ont précédé le délit, été condamné pour infraction à la présente loi ou à l'art. 423, la peine pourra être élevée jusqu'au double du maximum. L'amende prononcée par l'art. 423 et par les art. 1 et 2 de la présente loi pourra même être portée jusqu'à mille francs, si la moitié des dommages-intérêts n'excède pas cette somme : le tout sans préjudice de l'application, s'il y a lieu, des art. 57 et 58 du Code pénal. » Il y a lieu de remarquer, d'ailleurs, que cette aggravation pénale est purement facultative; ensuite, quant à l'amende, « que si la loi permet de porter, en cas de récidive, l'amende à mille francs, il en est de celle-ci comme de l'amende de 50 fr. établie pour une première infraction : qu'elle constitue un maximum qui ne peut être dépassé que quand l'évaluation du dommage causé y autorise[3]. » Enfin l'art. 7 de la loi porte : « que l'article 463 du Code pénal sera applicable aux délits prévus par la présente loi. » Et il ne faut pas perdre de vue non plus que l'art. 365 du Code d'instruction criminelle, portant qu'en cas de conviction de plusieurs délits, la peine la plus forte sera seule appliquée, pose un principe général de pénalité qui s'é-

[1] Cass., 14 avril 1855, Bull. n. 128 ; 7 déc. 1860, Bull. n. 278.

[2] Cass., 27 mars 1857, Bull. n. 128; 19 juill. 1862, Bull. n. 180; 4 nov. 1865, Bull. n. 192.

[3] Cass., 13 juin 1857, Bull. n. 229 ; 28 fév. 1857, Bull. n. 90.

tend à cette matière et s'applique aux amendes aussi bien qu'à l'emprisonnement [1].

2455. Une disposition commune au délit et à la contravention, aux art. 423 et 479, est la confiscation des poids et mesures illégaux. L'art. 423 porte que les faux poids et les fausses mesures seront confisqués, et de plus seront brisés. L'art. 481 se borne à prononcer la confiscation des faux poids et des fausses mesures, ainsi que des poids et des mesures différents de ceux que la loi a établis [2]. On doit remarquer, au sujet de cette disposition, que la confiscation ne saurait être prononcée sous une condition successive, par exemple pour le cas où dans un délai les poids n'auraient pas été poinçonnés [3]. Une confiscation éventuelle est un acte arbitraire; la loi veut la punition immédiate, et la confiscation en est un élément essentiel et indivisible. Par suite de la même règle, la confiscation doit être prononcée lors même que depuis le procès-verbal les poids auraient été revêtus du signe légal [4].

2456. La question s'est élevée de savoir si les art. 463 et 483 du Code pénal, qui permettent, lorsque des circonstances atténuantes sont déclarées, de réduire les peines de police dans les proportions qu'ils expriment, autorisent la remise de la confiscation des poids et mesures saisis. La Cour de cassation a décidé la négative, en se fondant : 1° sur ce que cette confiscation renferme moins une aggravation de peine qu'une mesure d'ordre destinée à retirer du commerce des instruments de pesage et de mesurage qui ont été reconnus ne pas offrir la garantie légale [5]; 2° sur ce qu'on ne peut admettre que l'art. 463 ait entendu donner la faculté de faire remise de la confiscation, puisque cet article ne porte que la remise de l'emprisonnement et de l'amende [6].

2457. L'art. 5 de la loi du 27 mars 1851 a ajouté à ces dispositions : « Les objets dont la vente, usage et possession con-

[1] Cass., 28 fév. 1857, Bull. n. 90
[2] Cass., 8 sept. 1842, Bull. n. 237 ; Journ. du dr. crim., 1842, p. 317.
[3] Cass., 18 oct. 1822, Bull. n. 147 ; Devill. et Car., 7.148.
[4] Cass., 21 fév. 1817, Bull. n. 1.
[5] Cass., 27 sept. 1833, Devill. et Car., 34.1.107.
[6] Cass., 4 oct. 1839, Devill. et Car., 40.1.549.

stitue le délit, seront confisqués, conformément à l'art. 423 et aux art. 477 et 481 du Code pénal. S'ils sont propres à un usage alimentaire ou médical, le tribunal pourra les mettre à la disposition de l'administration pour être attribués aux établissements de bienfaisance. S'ils sont impropres à cet usage ou nuisibles, les objets seront détruits ou répandus aux frais du condamné. Le tribunal pourra ordonner que la destruction ou effusion aura lieu devant l'établissement ou le domicile du condamné. »

En thèse générale, quand il n'y a pas de condamnation, il n'y a pas lieu de prononcer la confiscation. Ainsi un arrêt décide avec raison : « que la confiscation des instruments de pesage prohibés n'est que l'accessoire de la peine principale dont la loi punit ceux qui en ont été trouvés détenteurs, et qu'en conséquence elle ne peut être prononcée dans le cas où la contravention n'est pas légalement prouvée [1]. » Mais cette règle reçoit une exception en ce qui concerne les choses nuisibles. Il a été décidé, en effet, « que, par une disposition générale qui se rattache aux trois articles qui précèdent, l'art. 5 de la loi du 27 mars 1851 ordonne la confiscation de tous les objets dont la vente, l'usage ou la possession constitue le délit, mais qu'il distingue en même temps si ces objets sont propres à un usage alimentaire ou s'ils sont nuisibles ; que, dans le premier cas, il permet de les attribuer aux établissements de bienfaisance, et que, dans le second, il en prescrit la destruction ou l'effusion ; que de ces mesures différentes, ordonnées par la loi à l'égard des substances falsifiées, suivant qu'elles sont ou ne sont pas nuisibles, il résulte que la loi a distingué avec soin ces deux hypothèses et n'a pas voulu les soumettre aux mêmes règles ; que de ce qu'il n'est permis ni de vendre ni de conserver dans les lieux de vente les substances nuisibles à la santé, et de ce que leur destruction est généralement prescrite, on doit nécessairement induire que ces substances, ainsi placées hors du commerce, ne peuvent en aucun cas, lorsqu'elles ont été régulièrement saisies, être restituées aux personnes dans les mains desquelles elles se trouvaient ; que dès lors, lorsque le prévenu

[1] Cass., 28 sept. 1850, Bull. n. 339.

est renvayé des fins de la poursuite, à raison de sa bonne foi, il n'y a pas lieu de donner mainlevée des objets saisis, toutes les fois que ces objets sont reconnus pouvoir être nuisibles à la santé ; que leur destruction doit être ordonnée dans cette hypothèse, non plus comme une peine, puisque le prévenu est déclaré non coupable, mais comme une mesure de précaution que la loi a voulu prescrire dans l'intérêt de la santé publique, et qui a pour objet d'enlever de la circulation les objets qui pourraient lui nuire[1]. »

2458. Il importe peu, dans le cas où les objets sont nuisibles, qu'ils appartiennent ou non au prévenu ; et il a été jugé par le même arrêt « que c'est dans le même esprit que l'art. 5, en renvoyant aux art. 477 et 481 du Code pénal, et, par une conséquence nécessaire, à l'art. 470, indique par là même qu'il y a lieu de prononcer la confiscation des choses saisies, soit qu'elles appartiennent ou n'appartiennent pas aux prévenus[2]. » Il faut toutefois excepter le cas où les choses n'auraient pu être saisies et ne se trouveraient pas sous la main de la justice[3].

2459. Mais on ne doit pas considérer comme une confiscation le prélèvement fait sur la substance saisie d'une portion pour la soumettre à l'expertise, lors même que les aliments formés avec cette substance reconnue salubre auraient été remis aux hospices. Il a été reconnu « que ce dommage était la conséquence inévitable de la poursuite du délit et des moyens employés pour en constater l'existence ; que la délivrance de quelques pains, résidu de l'expertise, n'était qu'une mesure d'ordre qui ne pouvait être envisagée comme une confiscation de la farine saisie[4]. »

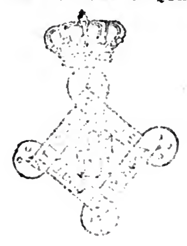
2460. L'art. 6 de la loi du 27 mars 1851 dispose enfin que : « le tribunal pourra ordonner l'affiche du jugement dans les lieux qu'il désignera, et son insertion intégrale ou par extrait dans tous les journaux qu'il désignera, le tout aux frais du condamné. » Mais cette disposition a été étendue par la loi du 13

[1] Cass., 3 janv. 1857, Bull. n. 5 ; 12 juill. 1860, Bull. n. 156.
[2] Cass., 3 janv. 1857, Bull. n. 5 ; 15 mai 1856, Bull. n. 177.
[3] Cass., 9 janv. 1852, Bull. n. 6.
[4] Cass., 13 nov. 1858, Bull. n. 269.

mai 1863 à tous les jugements prononcés en cette matière. Un dernier paragraphe ajouté à l'art. 423 porte, en effet : « Le tribunal pourra ordonner l'affiche du jugement dans tous les lieux qu'il désignera, et son insertion intégrale ou par extrait dans tous les journaux qu'il désignera, le tout aux frais du condamné. »

Cette disposition, qui n'était pas dans le projet du gouvernement, est motivée dans le rapport de la commission, « sur ce que cette peine, accessoire en apparence, est peut-être la plus efficace, parce qu'en donnant de la publicité au fait coupable, elle donne l'éveil à la confiance publique et porte atteinte au crédit du condamné.

FIN DU TOME CINQUIÈME.



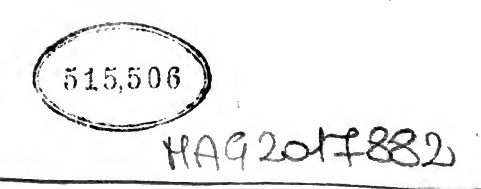


TABLE DES MATIÈRES

CONTENUES DANS LE TOME CINQUIÈME.

CHAPITRE LXVII.

DE LA RÉVÉLATION DES SECRETS PROFESSIONNELS.

(Commentaire de l'art. 378 *du Code pénal.)*

CHAPITRE LXVIII.

DU VOL. — CARACTÈRES GÉNÉRAUX DE CE DÉLIT. — VOLS SIMPLES.

(Commentaire des art. 379, 380 et 401 du Code pénal.)

§ II. — *De la fraude.*

§ III. — *Chose d'autrui.*

N° 1er. — Première exception : détournement d'objets saisis.

N° 2. — Deuxième exception : res nullius.

N° 3. — Troisième exception : soustraction entre copropriétaires.

N° 4. — Quatrième exception : soustraction entre époux et entre ascendants et descendants.

§ IV. — *Application des trois règles : vols simples.*

CHAPITRE LXIX.

DES VOLS QUALIFIÉS A RAISON DE LA QUALITÉ DE L'AGENT. — VOLS DOMESTIQUES.—VOLS DES AUBERGISTES ET VOITURIERS.

(Commentaire des art. 358, 368 *et* 387 *du Code pénal.)*

§ Ier. — *Des vols des domestiques, hommes de service et ouvriers.*

§ II. — *Du vol des aubergistes et des hôteliers.*

CHAPITRE LXX.

VOLS QUALIFIÉS A RAISON DU TEMPS OU ILS SONT COMMIS. — VOLS COMMIS LA NUIT.

(*Commentaire des art.* 381 *et* 385 *du Code pénal.*)

CHAPITRE LXXI.

VOLS QUALIFIÉS A RAISON DU LIEU, VOLS DANS LES MAISONS ET ÉDIFICES, SUR LES CHEMINS PUBLICS.

(*Commentaire des art.* 383, 388-399 *du Code pénal.*)

§ 1er. — *Vols dans les champs.*

§ II. — *Vols commis dans les maisons habitées et leurs dépendances et dans les parcs et enclos.*

§ III. — *Vols dans les édifices consacrés aux cultes.*

§ IV. — *Vols sur les chemins publics.*

CHAPITRE LXXII.

VOLS QUALIFIÉS A RAISON DES CIRCONSTANCES DE LEUR EXÉCUTION.

(Vols de complicité, avec effraction, escalade, port d'armes et violences.)

§ Ier. — *Vols commis par plusieurs personnes.*

§ II. — *Du vol commis avec effraction.*

§ III. — *Du vol avec escalade.*

§ IV. — *Du vol avec fausses clefs.*

§ V. — *Vol avec port d'armes.*

§ VI. — *Vols avec violences ou menaces.*

§ VII. — *De l'extorsion et du chantage.*

§ Ier. — *De la banqueroute simple.*

§ II. — *De la banqueroute frauduleuse.*

CHAPITRE LXXV.

DE L'ESCROQUERIE.

(*Commentaire de l'art. 405 du Code pénal.*)

§ Ier. — *Caractères généraux du délit.*

§ II. — *Emploi de faux noms et de fausses qualités.*

§ III. — *Manœuvres frauduleuses.*

§ IV. — *De la soustraction des pièces produites dans une contestation judiciaire.*

CHAPITRE LXXVII.

CONTRAVENTIONS AUX RÈGLEMENTS SUR LES MAISONS DE JEU, LES LOTERIES ET LES MAISONS DE PRÊT SUR GAGES.

(*Commentaire des art.* 410 *et* 411 *du Code pénal.*)

§ Ier. — *Contraventions aux règlements sur les maisons de jeu.*

CHAPITRE LXXVIII.

ENTRAVES APPORTÉES A LA LIBERTÉ DES ENCHÈRES.

(Commentaire de l'art. 412 *du Code pénal.)*

CHAPITRE LXXIX.

VIOLATION DES RÈGLEMENTS RELATIFS AUX MANUFACTURES.

(Commentaire des art. 413, 417, *et* 418 *du Code pénal.)*

§ Ier. — *Violation des règlements relatifs aux marchandises exportées.*

CHAPITRE LXXX.

DES COALITIONS.

(*Commentaire des art.* 414, 415, 416, 419 *et* 420 *du Code pénal.*)

§ II. — *Coalitions entre les principaux détenteurs d'une marchandise.*

CHAPITRE LXXXI.

DES PARIS SUR LA HAUSSE OU LA BAISSE DES EFFETS PUBLICS.

(Commentaire des art. 421 et 422 du Code pénal.

CHAPITRE LXXXII.

DE LA TROMPERIE SUR LA NATURE DES CHOSES VENDUES, ET DE LA VENTE A FAUX POIDS ET A FAUSSES MESURES.

(Commentaire des art. 423, 424, 479, n. 5 et 6, 480, n. 2, et 481, n. 1, du Code pénal.)

FIN DE LA TABLE DES MATIÈRES DU TOME CINQUIÈME.

TABLE DES ARTICLES

Paris. — Imp. de J. Dumaine, rue Christine, 2.



